

**PRINCIPI, REGOLE, INTERPRETAZIONE.
CONTRATTI E OBBLIGAZIONI,
FAMIGLIE E SUCCESSIONI**

SCRITTI IN ONORE DI GIOVANNI FURGIUELE

TOMO II

a cura di

GIUSEPPE CONTE e SARA LANDINI

e con la collaborazione di

MARCO RIZZUTI e GIULIA TESI



UNIVERSITAS
STUDIORUM

Il volume è pubblicato con finanziamenti della Fondazione Italiana del Notariato
su fondi per la ricerca della Prof.ssa Sara Landini
e con il contributo del
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Firenze

© 2017, Universitas Studiorum S.r.l. - Casa Editrice
via Sottoriva, 9
46100 Mantova (MN)
P. IVA 02346110204
tel. 0376 1810639
<http://www.universitas-studiorum.it>

Finito di stampare nel *** 2017

ISBN 978-88-99459-**-**

ξυνὸν δέ μοί ἐστιν, ὅπποθεν ἄρξωμαι·
τόθι γὰρ πάλιν ἴξομαι αὐθις.

Indifferente è per me il punto da cui
devo prendere le mosse; là, infatti,
nuovamente dovrò fare ritorno.

PARMENIDE

ELENCO AUTORI

- Francesco Alcaro
Prof. ordinario Università di Firenze
- Guido Alpa
Prof. ordinario Università di Roma “La Sapienza”
- Carlo Angelici
Prof. emerito Università di Roma “La Sapienza”
- Alessandra Bellelli
Prof. ordinario Università di Perugia
- Antonio Bellizzi di San Lorenzo
Prof. aggregato Università di Firenze
- Giovanni Bonilini
Prof. ordinario Università di Parma
- Lucia Bozzi
Prof. ordinario Università di Foggia
- Andrea Bucelli
Prof. associato Università di Firenze
- Francesco D. Busnelli
Prof. emerito Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa
- Roberto Calvo
Prof. ordinario Università della Valle d’Aosta
- Remo Caponi
Prof. ordinario Università di Firenze
- Valeria Caredda
Prof. ordinario Università di Cagliari
- Gian Franco Cartei
Prof. ordinario Università di Firenze
- Angelo Chianale
Prof. ordinario Università di Torino
- William Chiaromonte
Ricercatore Università di Firenze
- Alessandro Ciatti Càimi
Prof. ordinario Università di Torino
- Renato Clarizia
Prof. ordinario Università di Roma Tre
- Giuseppe Conte
Prof. ordinario Università di Firenze
- Carlotta Conti
Prof. ordinario Università di Firenze
- Paoloefisio Corrias
Prof. ordinario Università di Cagliari
- Cecilia Corsi
Prof. ordinario Università di Firenze
- Vincenzo Cuffaro
Prof. ordinario Università di Roma Tre
- Giovanni D’Amico
Prof. ordinario Università di Reggio Calabria
- José Ramon De Verda
Prof. cattedratico Universidad de Valencia
- Enrico Del Prato
Prof. ordinario Università di Roma “La Sapienza”
- Fabrizio Di Marzio
Consigliere di Cassazione
- Helena Díez García
Prof. titular Universidad de León
- Filippo Donati
Prof. ordinario Università di Firenze
- Rocco Favale
Prof. ordinario Università di Camerino
- Paola Felicioni
Prof. associato Università di Firenze
- Giuseppe Ferri jr
Prof. ordinario Università di Roma “Tor Vergata”
- Vincenzo Franceschelli
Prof. ordinario Università di Milano-Bicocca
- Rosario Franco
Notaio in Sesto San Giovanni
- Lorenza Furguele
Ricercatore Università di Roma “Tor Vergata”
- Andrea Fusaro
Prof. ordinario Università di Genova
- Enrico Gabrielli
Prof. ordinario Università di Roma “Tor Vergata”
- Paolo Gallo
Prof. ordinario Università di Torino
- Antonio Gambaro
Prof. ordinario Università di Milano
- Wladimiro Gasparri
Prof. associato Università di Firenze
- Aurelio Gentili
Prof. ordinario Università di Roma Tre
- Fulvio Gigliotti
Prof. ordinario Università di Catanzaro
- Fausto Giunta
Prof. ordinario Università di Firenze

Patrizia Giunti
Prof. ordinario Università di Firenze

Giuseppe Guizzi
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

Giovanni Gulina
Ricercatore Università di Firenze

Pilar Gutiérrez Santiago
Prof. catedrática acreditada Universidad de León

Sara Landini
Prof. associato Università di Firenze

Nicolò Lipari
Prof. emerito Università di Roma “La Sapienza”

Ettore M. Lombardi
Ricercatore Università di Firenze

Olivia Lopes Pegna
Prof. associato Università di Firenze

Angel M. López y López
Prof. emérito Universidad de Sevilla

Paola Lucarelli
Prof. ordinario Università di Firenze

Angelo Luminoso
Prof. emerito Università di Cagliari

Ugo Mattei
Prof. ordinario Università di Torino

Salvatore Monticelli
Prof. ordinario Università di Foggia

Giuseppe Morbidelli
Prof. ordinario Università di Roma “La Sapienza”

Anna Carla Nazzaro
Prof. ordinario Università di Firenze

Luca Nivarra
Prof. ordinario Università di Palermo

Marta Ordás Alonso
Prof. titular Universidad de León

Stefano Pagliantini
Prof. ordinario Università di Siena

Ilaria Pagni
Prof. ordinario Università di Firenze

Francesco C. Palazzo
Prof. ordinario Università di Firenze

Massimo Palazzo
Notaio in Pontassieve

Gianfranco Palermo
Prof. emerito Università di Roma “La Sapienza”

Michele Papa
Prof. ordinario Università di Firenze

Massimo Paradiso
Prof. ordinario Università di Catania

Baldassarre Pastore
Prof. ordinario Università di Ferrara

Salvatore Patti
Prof. ordinario Università di Roma “La Sapienza”

Mauro Pennasilico
Prof. ordinario Università di Bari “Aldo Moro”

Giovanni Perlingieri
Prof. ordinario Università della Campania

Pietro Perlingieri
Prof. emerito Università del Sannio

Marta Picchi
Prof. associato Università di Firenze

Mauro Ponzanelli
Prof. ordinario Università Cattolica del Sacro Cuore

Antonino Procida Mirabelli di Lauro
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

Andrea Proto Pisani
Prof. emerito Università di Firenze

Vincenzo Putorti
Prof. associato Università di Firenze

Enrico Quadri
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

Mariangela Ravizza
Ricercatore Università di Firenze

Lucia Re
Prof. associato Università di Firenze

Marco Rizzuti
Assegnista di Ricerca Università di Firenze

Ramon Romano
Dottore di Ricerca Università di Firenze

Orlando Roselli
Prof. ordinario Università di Firenze

Filippo Ruschi
Prof. associato Università di Firenze

Ugo Salanito
Prof. ordinario Università di Catania

Gabriele Salvi
Assegnista di Ricerca Università di Siena

Vincenzo Scalisi
Prof. emerito Università di Messina

Claudio Scognamiglio
Prof. ordinario Università di Roma “Tor Vergata”
Michele Sesta
Prof. ordinario Università di Bologna
Caterina Silvestri
Ricercatore Università di Firenze
Pietro Sirena
Prof. ordinario Università Bocconi di Milano
Alessandro Somma
Prof. ordinario Università di Ferrara
Mario Stella Richter *jr*
Prof. ordinario Università di Roma “Tor Vergata”
Irene Stolzi
Prof. associato Università di Firenze
Francesca Tamburi
Ricercatore Università di Firenze
Keiko Tanimoto
Prof. ordinario Ritsumeikan University of Kyoto

Giovanni Tarli Barbieri
Prof. ordinario Università di Firenze
Giulia Tesi
Dottore di Ricerca Università di Firenze
Paolo Tonini
Prof. emerito Università di Firenze
Maria Luisa Vallauri
Prof. associato Università di Firenze
Antonio Vallini
Prof. associato Università di Firenze
Giuseppe Vettori
Prof. ordinario Università di Firenze
Simona Viciani
Ricercatore Università di Firenze
Alessio Zaccaria
Prof. ordinario Università di Verona
Giuseppe Zaccaria
Prof. ordinario Università di Padova

LA ADQUISICIÓN DEL LEGADO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL (ART. 881) E ITALIANO (ART. 649) ¿DOS SISTEMAS DIFERENTES O SEMEJANTES?

HELENA DíEZ GARCÍA
Prof. titular Universidad de León

SUMARIO: I. La ambigua redacción del art. 881 CC. – II. La adquisición del legado: posturas doctrinales. – 1. La adquisición *ipso iure* del legado. – 2. La adquisición del legado mediante aceptación. – 2.1. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado. – 2.2. La intervención de la voluntad del legatario en la adquisición del legado desde el prisma de la adquisición *ipso iure* del legado. – 2.3. La transmisibilidad del *ius delationis* del legatario. – 3. La presunción legal de aceptación o la tesis de la aceptación presunta. – III. A modo de conclusión.

I. La ambigua redacción del art. 881 CC.

§ 1. El Código Civil español, en su art. 881, declara que “el legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos”. Tal y como puede apreciarse y, aparentemente, la dicción de este precepto parece guardar más semejanza con la previsión que contenía el art. 862 del Código civil italiano de 1865 (“cualquier legado puro y simple atribuye desde el día de la muerte del testador el derecho del legatario, transmisible a sus herederos, de conseguir la cosa legada”) que con la que se contiene en el art. 649 del Código vigente (“el legado se adquiere, sin necesidad de aceptación, salvo la facultad de renunciar”).

§ 2. Ciertamente, una lectura aislada del art. 881 CC no permite aclarar, a partir de su solo tenor, cuál es el sistema de adquisición de los legados acogido en el texto codificado, ya que, tal y como puede apreciarse, el *quid* de la cuestión radica en determinar cuáles serán los derechos que puede transmitir el legatario una vez fallecido.

Lógicamente, el legatario solo puede transmitir a sus herederos los derechos que ya hubiera adquirido. Y éstos pueden ser los mismos derechos objeto del legado¹; o únicamente, partiendo de que, quizá, este art. 881 CC (en relación con el art. 889.2 CC) quiera guardar paralelismo con el art. 1006 CC, el mismo *ius delationis*. Y, que, por tanto, su misión no sea otra que aclarar que el legatario que muere sin aceptar o repudiar transmite

1. Sostiene C. GANGI (*I legati nel Diritto Civile Italiano*, vol. 1; edit. Cedam, 1933, p. 265) que el legado se dice adquirido cuando el derecho que nace del legado ha definitivamente entrado en el patrimonio del legatario; esto es, cuando el legatario tiene un derecho cierto y seguro a la prestación objeto del legado. Acoge este criterio en nuestra doctrina, M. ALBALADEJO, “Comentarios a los artículos 858 a 891 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XII, vol. 1º, 2ª ed.; edit. EDERSA, Madrid, 1998, p. 353.

ese mismo derecho a sus herederos; de donde se deduciría la necesidad de aceptar para adquirir. Incluso, cabría estimar que, literalmente, lo que adquiere el legatario y lo que, en definitiva, puede transmitir a sus herederos es su derecho al legado y no el legado mismo; cuya adquisición precisaría de su conforme voluntad²; tesis ésta que ya parece desmentir a priori el art. 882 CC, al menos, por lo que atañe al legado de cosa específica y determinada propia del testador, pues, en ese caso, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere³.

Esta ambigüedad del texto codificado ha provocado que, incluso actualmente, no falten en nuestra doctrina voces que omitan pronunciarse expresamente sobre el particular y que evidencien la ausencia de sentido de que el Código acoja un sistema de adquisición automática que parece deducirse del tenor del art. 881 CC, con el hecho de que luego en su texto se contengan normas específicas sobre la aceptación del legado (arts. 889 y 890 CC)⁴ o con que el art. 888 CC aluda a la “no admisión” del mismo; término éste harto ambiguo que permitiría avalar una tesis y también la contraria⁵. Resulta, pues, obligado examinar más detenidamente las distintas posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia española sobre el particular.

2. Ello lógicamente implicaría distinguir entre un derecho al legado que se adquiriría automáticamente y la misma adquisición del legado que requeriría aceptación. Esta distinción era acogida por la doctrina italiana bajo la égida del Código de 1865. Sobre esta teoría y su crítica, vid. las consideraciones que, al respecto, realiza C. GANGI, *I legati*, cit., p. 270, n. 4; p. 273, n. 3 y p. 280. Sostiene este autor que esta distinción fue acogida por el Derecho romano por la razón de que la adquisición del legado no podía tener lugar antes de la adición de la herencia y, por tanto, si no se hubiera admitido la transmisibilidad del derecho del legatario al legado a sus herederos una vez adquirido, la eficacia de ese legado podría quedar al arbitrio del heredero, puesto que bastaría con que retrasase la adición de la herencia hasta la muerte del legatario. Sin embargo, ese riesgo, en su criterio, ya no existe, en la medida en que la adquisición del legado no depende ya de la aceptación de la herencia por el heredero. Igualmente, vid. F.S. AZZARITI-G. MARTINEZ-G. AZZARITI, *Sucessioni per causa di morte e donazioni*; edit. Cedam, Padua, 1979, p. 462, n. 1.

3. Aunque también quepa interpretar que, verificada la aceptación, sus efectos se retrotraen a la muerte del testador, tal y como así sucede con la aceptación de la herencia (art. 989 CC). Si bien no es éste el lugar adecuado para realizar un tratamiento más desarrollado de este tema, debe advertirse que no obstante declarar ese precepto que la propiedad de la cosa específica legada, propia del testador, se transmite al legatario desde la apertura de la sucesión, el art. 885 CC, al igual que el art. 649.II del Código italiano, le impide ocupar por su propia autoridad la cosa legada, pues debe pedir su entrega al heredero o a al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla.

4. Por contra, la doctrina italiana reprocha al legislador la ausencia de normas específicas sobre la aceptación y la repudiación del legado. Vid. así, A. MASI, *Legati* en *Commentario del Codice Civile* Dir. A. SCIALOJA Y G. BRANCA; edit. Zanichelli/Il Foro Italiano, Bolonia/Roma, 1979, p. 2.

5. En ese sentido, vid. L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, 2º; edit. Tecnos, Madrid, 2012, p. 124.

II. La adquisición del legado: posturas doctrinales.

1. La adquisición *ipso iure* del legado.

§ 3. Tal y como así también sostuvo gran parte de la doctrina italiana⁶ anterior en el tiempo al Código de 1942, la jurisprudencia española⁷, pero también la doctrina mayoritaria⁸, al hilo de lo dispuesto en los arts. 881, 882, 889 y 890 CC, se pronuncian a favor de admitir, para el Derecho civil común, que el legatario adquiere su derecho al legado desde la muerte del testador⁹, sin perjuicio de su posibilidad de repudiarlo. En esa medida, el sistema para adquirir el legado sería distinto al previsto para adquirir la herencia¹⁰ y, por tanto, la cualidad de heredero, pues mientras que la adquisición del derecho al legado operaría *ipso iure*, la adquisición de la cualidad de heredero requeriría la concurrente voluntad del llamado manifestada por su aceptación¹¹.

6. Vid. especialmente, C. GANGI, *I legati*, cit., pp. 265 y ss. Que el *derecho al legado* se debe entender adquirido *ipso iure* sin necesidad de aceptación, por lo que ésta no hace sino confirmar el derecho ya adquirido y que por la renuncia el legatario pierde el derecho que ya había adquirido, era afirmado, por ejemplo, por N. STOLFI, *Diritto Civile*, vol. VI, Turín, 1934, p. 704. Igualmente, E. PACIFI-MAZZONI (*Istituzioni di Diritto Civile italiano*, Vol. VI-2º, 5ª ed. rev. G. VENZI y P. FRANCO; edit. Utet, Turín, 1927, pp. 439 y ss.) consideraba que, a diferencia de lo que acontece con la adquisición de la herencia que requiere de la aceptación, la adquisición del legado opera de derecho sin necesidad de ningún acto por parte del legatario; el cual adquiere, no solo el derecho al legado, sino también el derecho real o el derecho de crédito que sea el contenido del derecho mismo. No obstante, el legatario, según su criterio, en tanto no haya manifestado su voluntad, puede rechazarlo.

7. Para el Tribunal Supremo, el legatario deviene titular *ipso iure* del legado en el momento de la muerte del causante (artículo 881 del Código civil) sin necesidad de una aceptación expresa o tácita, sin perjuicio de que puede renunciar al mismo (SSTS 27 junio 2000 -RJ 2000, 5740-; 20 mayo 2010 -RJ 2010, 3707-; 20 julio 2012 -RJ 2012, 9001-; 15 enero 2013 -RJ 2013, 2915-).

8. A título de mero ejemplo, vid., entre otros muchos, M. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, V, 11ª ed. Rev. S. DÍAZ ALABART; edit. Edisofer, Madrid, 2015, p. 292; *Id.*, “La adquisición de la herencia en el Derecho español”; *Anuario de Derecho Civil*, 1951-1, p. 5; C. LASARTE, *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil*, VII, 11ª ed.; edit. Marcial Pons, 2016, p. 1251; M. DÍAZ CRUZ, *Los legados*; edit. Reus, Madrid, 1951, pp. 71 y ss. y 578 y ss.; M.P. GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*; edit. Civitas/Universidad de León, Madrid, 1989, pp. 151-155; F.J. SÁNCHEZ CALERO, “Comentario al art. 881 CC”, en *Comentario del Código Civil*, I, edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2150; M.A. EGUSQUIZA, “Comentario a los artículos 858 a 891 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, V, Dir. R. BERCOVITZ; edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 6441; M.A. ZURILLA, en *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*, coord. R. BERCOVITZ, 3ª ed.; edit. Bercal, Madrid, 2015, p. 195.

9. Obviamente, delación y adquisición se retrasan a un momento ulterior en los casos en que el legado estuviera sujeto a condición suspensiva o a término inicial.

10. Cfr. art. 459 del Código civil italiano. No obstante, debe advertirse cómo bajo la égida del Códice de 1865 no faltó quien defendió la adquisición *ipso iure* tanto del legado (art. 852) como de la herencia (art. 939). En ese sentido, vid. C. GANGI, *I legati*, cit., p. 281.

11. STS 27 junio 2000 (RJ 2000, 5740). No es éste el lugar ni el momento para detallar la discusión doctrinal en torno a la adquisición de la herencia. A favor de la necesidad de aceptación, vid., entre otros, R.M. ROCA SASTRE, “La aceptación y la repudiación de la herencia en el Derecho común y en el foral”, en *Estudios de Derecho Privado*, II; edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 1 y ss.; M. ALBALADEJO, “La adquisición de la herencia en el derecho español”; *Anuario de Derecho Civil*, 1955-1, pp. 2-30. No obstante, no debe obviarse que ésta no es una opinión del todo unánime en la doctrina, pues no han faltado las voces que han postulado que

§ 4. Para fundar esta tesis, la doctrina española acude a razones de índole histórica¹². Se señala que el legislador acogió el mandato incluido en la Base 15ª de la Ley de 11 de mayo de 1888 que alumbró el texto codificado y que le obligaba a que “se mantuviera en esencia la legislación vigente” en casi todas las materias de orden sucesorio y expresamente en las mandas y legados¹³. Pues bien, como fuentes legales que constituían el Derecho de Castilla anterior al Código Civil en esta materia se encontraban las Partidas, la Novísima Recopilación, así como algunos preceptos de la Ley Hipotecaria de 1861 y otros de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴. Y, precisamente, el más inmediato antecedente, esa Ley Hipotecaria, parecía acoger en su Exposición de Motivos esta tesis de la adquisición *ipso iure* del legado¹⁵.

Asimismo, y más claramente, para fundar que en el antiguo Derecho castellano los efectos del legado se producían sin necesidad de la aceptación del legatario, también se mencionan a las Partidas, donde los legados eran definidos “como una manera de dona-

el Código civil acoge el sistema germánico de adquisición automática de la herencia. Así, vid. especialmente, G. GARCÍA VALDECASAS, “La adquisición de la herencia en el derecho español”; *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 83-114; *Id.*, “De nuevo sobre la adquisición de la herencia”, *Revista de Derecho Privado*, 1951, pp. 991 y ss.; M. GITRAMA, “Comentario a los arts. 988 a 1034 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV-1º, Dir. M. ALBALADEJO; edit. EDERSA, Madrid, 1989, pp. 29-44. Sobre los problemas de esta misma disputa en la doctrina italiana anterior al Código de 1942, vid. N. STOLFI, *Diritto Civile*, pp. 101 y ss. Asimismo, y respecto al Código vigente, vid. A. CICU, “Successioni por causa di morte”, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciali*, XLII, Dir. A. CICU y F. MESSINEO; edit. Giuffrè, Milán, 1961, pp. 161 y ss.; F.S. AZZARITI-G. MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni*, cit., pp. 23 y ss. De otra parte, debe señalarse que incluso los defensores del sistema de adquisición de la herencia mediante la aceptación admiten que existen supuestos en los que *ex lege* se llega a atribuir la herencia (arts. 1000, 1002, 1005, 1019 CC) o en los que existe una adquisición *ipso iure* (arts. 992.3º, 996 in fine y 956 CC). En ese sentido, vid. M. ALBALADEJO, “La adquisición”, cit., pp. 6 y ss. En el derecho italiano, vid. por ejemplo, la exposición realizada por G. PRESTIPINO, “Delle successioni in generale”, en V. DE MARTINO, *Commentario teorico-pratico al codice civile*; edit. Pem, Novara, 1973, pp. 76-77 y A. LISSERE en *Trattato di Diritto Privato*, Dir. P. RESCIGNO; edit. Utet, Turín, 1982, p. 42, n. 44. En cambio, en el Derecho civil navarro, prevalece la tesis de que en él rige un régimen de adquisición automática de la herencia (Ley 315 del Fuero Nuevo). De esta manera, el heredero adquiere desde el fallecimiento del causante, aunque esté facultado para renunciar a la herencia mientras no la haya aceptado expresa o tácitamente. De ahí que se afirme que, en Navarra, la aceptación de la herencia constituye una suerte del derecho a repudiar. Vid. M.A. EGUSQUIZA, en *Comentarios al Fuero Nuevo*; edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 986.

12. M. ALBALADEJO (*Curso*, cit., p. 292) sostiene que, cuando el causante muere, automáticamente el legatario se convierte en titular del legado. Por tanto, no se precisa que el legatario acepte para adquirir lo que se le lega. Y señala: «esto es absolutamente seguro conforme a la tradición histórica, aunque el Código no lo diga de forma expresa». En parecido sentido, vid. F.J. SÁNCHEZ CALERO, “Comentario al art. 881”, cit., p. 2150; C. LASARTE, *Derecho*, cit., p. 136.

13. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil y el Código Civil*, T. VI, vol. 2º, Madrid, 1910, p. 1251.

14. En ese sentido, vid. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, cit., p. 1252.

15. Que, conforme a lo que luego dijo el art. 882 CC, ya entendía, al justificar la anotación preventiva a favor del legatario, que, «cuando la cosa legada es determinada o inmueble con arreglo a los principios del derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que expira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado en su dominio».

ción¹⁶ que dexa el testador ó en codicilo á alguno”¹⁷ acogiendo la definición justiniana¹⁸ y, particularmente, se fija la atención en la Ley 34, Tít. IX, Partida VI¹⁹ («E aun dezimos que luego que el testador es muerto, pasa el señorío de la cosa que es assi mandada, a aquel a quien es fecha la manda. E maguer muera en ante que el heredero del testador entre la heredad, o en ante que el entre la posesión de aquella cosa que le fue mandada; por todo esso, heredera aquella manda el su heredero, que ouiere derecho de heredar los otros sus bienes de aquel a quien fue fecha. E esto sería, si la manda fuesse fecha puramente, o a tiempo cierto; mas si fuesse fecha so condición, no sería asi»).

Ahora bien, no conviene obviar que estas Partidas no hacían sino reflejar el precedente romano, conforme al cual, una vez cedido y venido el día, el legatario adquiriría definitivamente el derecho al legado sin que necesitase realizar acto alguno preciso para demostrar su voluntad de recibirlo y aun ignorándolo, en cuanto se trataba de una adquisición *ex lege*, aunque luego quedara en libertad de recibirlo o no²⁰. Por tanto, si hay que buscar antecedentes originales al art. 881, quizá no quede otro recurso que acudir al Derecho romano.

Tal y como han sostenido los romanistas²¹, en el Derecho romano, el legado no podía reclamarse antes de que existiera heredero, en cuanto que, mientras no hubiera heredero, el testamento era de efecto inseguro. Sin embargo, cuando el heredero era necesario²²,

16. Precisamente, para distinguir donación y legado no faltó quien apreciaba que la diferencia radicaba en que, mientras que la donación requería concurso de voluntades para su perfección, al legado, en cambio, le bastaba, para ser perfecto, la declaración de voluntad del testador. En ese sentido, vid. C. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, V, 4ª ed., Valladolid, 1939, p. 314.

17. Vid. esta definición en J. SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, T. I, Valencia, 1803, p. 188. La Ley 1ª, Tít. IX de la Partida VI rezaba así: «manda es una manera de donacion que deja el testador en testamento ó en codicilo, á alguno por amor de Dios, ó por hacer algo aquel á quien se deja. Otra donacion facen á que dicen donatio mortis causa, que quiere decir como cosa que da el testador, cuidándose morir. Puede hacer tal manda ó donacion, todo ome que há poder de hacer testamento ó codicilo. Otrosí á todos aquellos puede ser dejada manda que pueden ser establecidos por herederos. Pero maguer acaciese que alguno oviese tal embargo en el tiempo que le mandasen algo, que estonce no lo pudiese aver de derecho, si en el tiempo que muere el testador, fuese libre que gelo embargaba, non debe perder la manda, ante la debe aver».

18. Instituciones, Tít. 20, 1: “el legado viene a ser como una especie de donación hecha por el difunto”. Vid. F. HERNÁNDEZ Y J. TEJERO, *Las Instituciones de Justiniano*; Madrid, 1961, p. 120. Expresamente, así lo admite B. GUTIÉRREZ, *Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, III, Madrid, 1863, p. 428.

19. Vid. M. ALBALADEJO, “Comentario”, cit., p. 353.

20. En ese sentido, vid. F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, III, Madrid, 1953, p. 509.

21. P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, 5ª ed., 2ª reimp.; edit. Reus, Madrid, 2002, p. 661; A. D’ORS, *Derecho Privado Romano*, 2ª ed., Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 334-337; P. FUENTESECA, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, pp. 510-511; J. ARIAS RAMOS y J.A. ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II; edit. EDERSA, Madrid, 1984, pp. 811 y ss.; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano (acciones, casos, instituciones)*; edit. Dykinson, Madrid, 1991, pp. 869 y ss. Igualmente, vid. C. GANGI, *I legati*, cit., pp. 266 y ss.

22. Téngase en cuenta que, conforme al Tít. 19, 2 de las Instituciones de Justiniano, estos herederos (los *sui* y los esclavos propios manumitidos e instituidos en el testamento) se llaman necesarios porque en todo caso, quieran o no, se hacen herederos.

el legatario adquiriría su derecho desde el primer momento, pero no así si el heredero era voluntario. Para evitar que el retraso del heredero en la adición pudiera perjudicar el legado en caso de morir antes el legatario, los juristas entendieron que éste adquiriría una expectativa, transmisible a sus propios herederos, desde el día de la muerte del testador (o desde la apertura del testamento desde Augusto y de nuevo al fallecimiento del causante en Justiniano); desde ese momento “cedía el día” del legado (*dies cedit*)²³, aunque hubiera de esperar a la adición para que “viniera” (*dies venit*) y se adquiriera definitivamente por el legatario²⁴. En consecuencia, en el derecho romano se distinguía entre el momento en que se iniciaba la expectativa del legatario, en el que el legatario estaba seguro de adquirir el legado y el día al que había que esperar para que viniera el día y que era el tiempo en que el heredero adquiriría la herencia y, el legatario, el legado²⁵. Por tanto, cuando se trataba de un heredero necesario, puesto que la herencia se entendía aceptada sin necesidad de *aditio*, el *dies cedens* carecía de un significado especial²⁶. Por eso mismo, al desaparecer la necesidad de que el heredero aceptara la herencia para que el legatario adquiriera y puesto que se admitía que el testamento valiera aun sin institución de heredero²⁷ y que, por tanto, la eficacia de las disposiciones testamentarias ya no dependieran de la aceptación la herencia por parte del heredero²⁸, también carecía de funcionalidad esta distinción, puesto que el legado era ya una disposición testamentaria absolutamente independiente de la institución de heredero o de que éste aceptara o repudiara la herencia²⁹.

23. Por tanto, tal y como pone de manifiesto P. FUNTESECA (*Derecho Privado*, cit., p. 510), el *dies cedens* tendía a asegurar la adquisición futura del legado en la medida de lo posible y hacer transmisible el legado.

24. A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, p. 336. Evidentemente, el legado podía supeditarse, como la institución de heredero, a una *condicio* (o *dies* de fecha incierta, que valía como condición), pero, a diferencia de aquella, también a un plazo suspensivo. La condición (o el término incierto equivalente) hacía que el *dies cedens* del legado se retrasase al momento de cumplirse aquella; el término, en cambio, no producía ese retraso, sino tan solo el del *dies veniens*, pues en este caso el legado era seguro y el heredero podía cumplirlo válidamente antes del *dies veniens*, aunque era exigible tan solo desde que llegaba el plazo y la herencia había sido ya adida. Además, el *dies cedens* se retrasaba no solo en ese caso de legado condicional, sino también en otros supuestos: a) en el legado de opción y b) en el legado de usufructo, pues no tenía interés la transmisibilidad al heredero, al ser estos derechos intransmisibles por sí mismos; c) en el legado a favor de un esclavo manumitido en el testamento, pues nada podía adquirir para sí ese legatario hasta que alcanzara la libertad, *post aditam hereditatem* y d) en el legado hecho a un esclavo que era, a su vez, objeto de otro legado, pues en tanto el legatario del esclavo no lo adquiriría, lo legado a ese esclavo pertenecía al heredero como al esclavo mismo, y tal legado era nulo. En estos supuestos, en los que no se podía, o no había interés para el legatario en adelantar el *dies cedens*, la cesión del día se realizaba con la *aditio hereditatis*. En ese sentido, vid. A. D'ORS, *Derecho Privado*, cit., p. 336. Igualmente, vid. C. GANGI, *I legati*, cit., pp. 268-269, n. 4.

25. M.J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado*, cit., p. 869.

26. Expresamente, vid. P. FUNTESECA, *Derecho Privado*, cit., p. 510.

27. Vid. Ley 1ª, Tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá. Vid. sobre el particular, R. ÁLVAREZ VIGARAY, “La distribución de toda la herencia en legados”; *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1965, pp. 10-11. No obstante, téngase en cuenta que en el Derecho Justiniano (*Instituciones*, Tít. 20, 24) la validez del legado ya no se hace depender ni recibe su fuerza de la previa institución de heredero.

28. C. GANGI, *I legati*, cit., p. 270.

29. C. GANGI, *I legati*, cit., p. 270. Éste es el criterio expuesto expresamente por M. ALBALADEJO, “Comen-

Sin embargo, también los romanistas advierten de un problema, de no nítida resolución, que se planteaba en relación con la adquisición definitiva del legado *per vindicationem* puro, debido a las discrepancias entre sabinianos y proculeyanos³⁰. La escuela proculeyana requirió para la adquisición definitiva del legado *per vindicationem*, además del *dies veniens*, una aceptación expresa por parte del legatario, por lo que, antes de ésta, el objeto legado era *res nullius*³¹. En esa medida, parece que el derecho se hallaba en suspenso, y la decisión del legatario producía efecto retroactivo, de modo que, si aceptaba, se consideraba adquirido el derecho desde el principio, y si repudiaba, que nada había llegado a adquirir³². A pesar de ello, se señala que Justiniano aceptó la teoría Sabiniana, según la cual, con el *dies cedens* el legado era adquirido *ipso iure* por el legatario, aunque éste lo ignorara, sin perjuicio de que, si después renunciaba, la renuncia tenía efecto retroactivo³³. Pues bien, no falta quien considere que este supuesto criterio adoptado por el Derecho justinianeo -en el que ya desaparecen la distinción entre los tipos formales de legados- no aparece en las fuentes con clara evidencia, aunque la mayoría de los comentaristas vean reflejado en las *Pandectas* el criterio de los sabinianos³⁴.

Tal y como pueden apreciarse entonces, aunque las fuentes históricas que, por otra parte, tal y como se ha visto, no resultan del todo claras, puedan apuntalar la tesis de la adquisición *ipso iure* del legado en detrimento de la teoría de la adquisición por aceptación, evidencian algunos de los problemas que se suscitan en torno a las consecuencias que derivan de admitir uno u otro sistema y que atañen tanto a la intervención de la voluntad del legatario en el *iter* adquisitivo, cuanto a la transmisibilidad de derechos por el legatario, como a la conveniencia de eliminar eventuales situaciones de vacancia en la titularidad de los bienes o derechos legados.

§ 5. Ahora bien, también cabe preguntarse si este sistema de adquisición automática puede o no fundarse en alguna otra razón de utilidad. Y aquí, tanto un sector de la doctrina española³⁵, pero, fundamentalmente la doctrina italiana, al referirse al art. 649 del

tario”, cit., p. 354. Igualmente, vid. C. LASARTE, *Derecho*, cit., pp. 136-137.

30. Tal y como así pone de manifiesto explícitamente P. FUENTESECA, *Derecho Privado*, cit., p. 511. Observa este autor que, en tiempos de Gayo, según éste (Gayo, II, 195), la discrepancia se hallaba superada por una disposición del emperador Antonino Pío que siguió la tesis proculeyana. Sin embargo, en el Digesto prevalece la tesis sabiniana que parece, a su juicio, haber sido prevalente entre los juristas clásicos.

31. Vid. P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, 5ª ed., 2ª reimp.; edit. Reus, Madrid, 2002, p. 661. Advierte que, con este término, no se quiere expresar que el objeto legado pudiera ser apropiado por el primer ocupante, puesto que el término *res nullius* expresa toda cosa o derecho desprovisto actualmente de titular, aunque sea reservado para un fin, o para un sujeto, en pro del cual es defendido por el Estado.

32. A. D’ORS, *Derecho Privado*, cit., p. 334.

33. P. BONFANTE, *Instituciones*, cit., p. 661. C. GANGI (*I legati*, cit., p. 280, n.1) se hace eco de la controversia sobre cuál de las dos posiciones prevaleció en época justiniana, inclinándose por estimar que la que finalmente se impuso fue la tesis sabiniana. Igualmente, vid. E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, cit., p. 439, n. 1 y p. 440, n.2.

34. J. ARIAS RAMOS y J.A. ARIAS BONET, *Derecho Romano*, p. 812.

35. Vid. en ese sentido, F. SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios*, cit., p. 1326) quien consideraba que es principio ge-

Codice, y explicar la no necesidad de aceptación del legatario para adquirir; sistema que se enfrenta al previsto para la adquisición de la herencia, justifica la diferencia poniendo el acento en la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias de las que el legatario no responde, salvo voluntad contraria del testador, aunque siempre dentro de los límites de lo legado³⁶. En definitiva, se defiende que el legado no expone a su destinatario a riesgo de una pérdida económica³⁷, al contrario de la institución hereditaria³⁸. Es por este motivo por lo que se entiende que el régimen de su adquisición resulta inspirado en criterios diversos de los que han encontrado aplicación en relación con la adquisición de la herencia. Tal diversidad respondería, en definitiva, a la exigencia de una práctica simplificación de la adquisición que se habría podido realizar en consideración, precisamente, a dicha diferencia³⁹.

Sin embargo, este argumento igualmente podría servir para la donación, puesto que también la responsabilidad del donatario es limitada, aunque el donante le haya impuesto la carga de pagar sus deudas (art. 642 CC), y, no obstante, se requiere de la aceptación del beneficiario (art. 623 CC). De otra parte, y tal y como veremos brevemente más adelante, esta *ratio* permite justificar que la adquisición del legado opere *ipso iure*, pero también admite fundar la tesis contraria, esto es, que la aceptación resulta necesaria, si bien con el matiz de que, siendo ese el fundamento, quizá la ley entienda o presuma que el legatario, puesto que normalmente querrá el legado, dado que no le comporta riesgo patrimonial, ha aceptado, salvo que decida repudiar⁴⁰.

neral de que “se presume aceptado todo aquello que es útil, mientras no se manifiesto o pruebe lo contrario”. Por este motivo estimaba que había de exigirse una aceptación expresa del legatario cuando el legado contuviera cargas. Éste es el criterio que también parece deducirse de lo dispuesto en el art. 22.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, pues solo la aceptación de legados con cargas, así como la repudiación de legados requieren ser comunicadas por el Patronato al Protectorado. En contra, M. ALBALADEJO (*Curso*, cit., p. 292 y “La sucesión «iure transmissionis»”; *ADC*, 1952, n.º 3, p. 919, n. 8) estima que, aunque el legado sea con carga (caso que literalmente el art. 881 no abarca), «creemos que se adquiere *ipso iure*, ya que el posible perjuicio del legatario se puede evitar con la repudiación”. La explicación de no haberse requerido su consentimiento ni siquiera en este caso se halla, según este autor, «tanto en la falta de peligro, por reducir la ley su responsabilidad a lo que recibe, como en que se deja en su mano que si quiere rechace el legado y se libere del gravamen». Participan de esta misma opinión, M.P. GARCÍA RUBIO, *La distribución*, cit., p. 153 y M.A. EGUSQUIZA, “Comentario”, cit., p. 6441.

36. Vid. por ejemplo, en la doctrina italiana, E. PEREGO, “I legati” en *Trattato di Diritto Privato*, 6-2º, Dir. P. RESCIGNO; edit. Utet, Turín, p. 221; E. NAPOLI, “Acquisto del legato”, en *Le successioni testamentarie (Artt. 642-712 c.c.)*, coord. M. BIANCA; edit. Utet, Turín, 1983, p. 83.

37. Quizá a esta misma *ratio* responda el que, tanto el art. 166 CC, cuanto el art. 271 CC, únicamente exijan autorización judicial a los padres o tutores cuando pretendan repudiar los legados deferidos a sus hijos o a sus pupilos y no se precise, en cambio, para aceptarlos.

38. G. CARAMAZZA, “Delle successioni testamentarie, Artt. 587-712”, en *Commentario teorico-pratico al codice civile*, Dir. V. DE MARTINO; edit. Pem, Novara, 1973, p. 340. En idéntico sentido, vid. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, 8ª ed.; edit. Giuffrè, Milán, 1989, p. 933

39. A. MASÍ, *I legati*, cit., p. 5.

40. Tesis ésta que era defendida por F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, cit., pp. 1255 y ss. y p. 1326.

2. La adquisición del legado mediante aceptación.

2.1. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

§ 6. Frente a ese sentir mayoritario ya expuesto a favor de la adquisición *ipso iure* del legado *ex art.* 881 CC, se alza la posición mantenida por parte de la DGRN, que, como punto de partida, ha declarado que, “sin que conste la aceptación del favorecido por una disposición testamentaria, no podrá entenderse producida la adquisición patrimonial correspondiente ni, por tanto, procederá la inscripción registral” (RDGRN 3 febrero 1997 -RJ 1997, 853-).

Pero, sin duda, sobre la necesidad de la aceptación del legatario resulta especialmente significativa e inequívoca la Resolución de 19 septiembre 2002 (BOE, núm. 260, de 30 de octubre).

En este supuesto, el Registrador denegó la práctica de la inscripción de un legado apreciando el defecto insubsanable de la falta de constancia de la aceptación por parte de los legatarios de la disposición en su favor; aceptación que consideraba necesaria para la adquisición y consiguiente inscripción a favor de los legatarios de los derechos legados.

Alegaba por el contrario el recurrente que, tratándose, como se trataba, de legados de fincas concretas propias del testador, a esos legados les era aplicable lo dispuesto en los artículos 881 y 882 del Código Civil; preceptos éstos de los que entendía deducible que la adquisición se había producido *ipso iure* por el sólo hecho de la muerte del causante.

Pues bien, la DGRN consideró expresamente que, “si se parte de un examen del conjunto de nuestro Ordenamiento encontramos que, salvo para aquellos que consideran la accesión como un modo de adquirir que encontrarían excepciones, la adquisición de derechos patrimoniales exige el consentimiento del interesado, con lo que podría llegar a afirmarse que tal requisito constituye un principio general del Derecho del que no queda excluida la adquisición de los legados de cosa específica propia del testador”.

No obstante, y tomando esta línea de referencia, entendió que la aceptación podría realizarse de forma tácita, partiendo de la aplicación a los legados de lo dispuesto en los artículos 999 y 1000 CC. De este modo, se puede en su criterio fácilmente acreditar esa aceptación por medio de la constancia o de la prueba de cualquier actuación del legatario que implique voluntad de aceptar (v.gr. a través de la simple solicitud de inscripción de los bienes adjudicados o asignados que a su favor hagan herederos o legatarios; o como ocurría en el caso examinado por esta Resolución, a través del requerimiento dirigido al albacea contador-partidor para que procediese a la partición de la herencia y entrega de los legados).

2.2. La intervención de la voluntad del legatario en la adquisición del legado desde el prisma de la adquisición *ipso iure* del legado.

§ 7. La solución aportada por este Centro Directivo, que, obviamente, se aleja del sistema de adquisición *ipso iure* del legado o de la adquisición sin necesidad de aceptación del art. 942 del Código civil italiano, evidencia que, en su sentir, resulta exigible la aceptación y que la adquisición del legatario es una suerte de adquisición sujeta a la condición suspensiva de la aceptación⁴¹ y a la condición resolutoria de su eventual renuncia. Pero, como se verá a continuación, su tesis parte de una premisa a mi parecer errónea.

En efecto, tal y como se ha examinado, la DGRN, para fundar su tesis, parte de un principio que este centro directivo considera como general: la adquisición de todo derecho patrimonial requiere del consentimiento o de la voluntad del interesado.

Ahora bien, lo que ningún defensor del sistema de la adquisición *ipso iure* del legado niega es que carezca absolutamente de trascendencia la voluntad del legatario a la hora de adquirir el legado, pues, aun resultando automática dicha adquisición, el legatario siempre tiene la oportunidad de expresar su voluntad y rechazar el legado⁴². Por tanto, la ley no impone en verdad esa adquisición si el legatario no la quiere, ni atribuye en realidad *ex lege* el legado, en la medida en que el legatario tiene siempre la posibilidad de rechazarlo.

Incluso se admite sin mayores problemas que también pueda aceptarlo, expresa o tácitamente; en cuyo caso, la aceptación, aunque no se conciba como requisito de la adquisición, no deviene inútil, pues tiene la virtualidad de convertir el legado en irrenunciable, por lo que puede ser concebida como renuncia a la facultad de repudiar⁴³. Así lo entendió explícitamente la STS de 20 julio 2012 (RJ 2012, 9001), al afirmar que, aunque los legados presenten la peculiaridad de su adquisición automática, «esta característica no empece para excluir la posibilidad ya de renuncia del legatario, como facultad propiamente dicha, ni tampoco de la posibilidad del legatario de realizar un acto o negocio de aceptación en confirmación de la adquisición operada y, por tanto, de su carácter irrevocable»; acepta-

41. En su criterio, en tanto no se acredite esa aceptación, tal y como sostuvo en la R. 19 septiembre 2002 (BOE núm. 260, de 30 de octubre), «ningún inconveniente existe para que la inscripción se practique al modo que cualquier otra adquisición de derechos sujetos a condición suspensiva, o sea, con la advertencia de que no se ha acreditado aquella, extremo que podrá hacerse constar posteriormente en cualquier momento, y que estará implícita en cualquier acto voluntario que realice el titular del derecho inscrito como tal, sin perjuicio de que acreditada la renuncia voluntaria o provocada se cancele la inscripción reviviendo la titularidad del causante hasta que se complete la partición con la adición de los derechos vacantes al margen del posible juego de una sustitución».

42. Vid. a título ilustrativo, entre otros muchos, F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones*, cit., p. 509; M.P. GARCÍA RUBIO, *La distribución*, cit., p. 154; F. JORDANO FRAGA, *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*; edit. Civitas, Madrid, 1991, p. 341; M. ALBALADEJO, *Curso*, cit., p. 292; Id., M.A. EGUSQUIZA, “Comentario”, cit., p. 6441; C. LASARTE, *Derecho*, cit., p. 137.

43. E. NAPOLI, “Acquisto del legato”, cit., p. 189. SSTS 27 junio 2000 -RJ 2000, 5740-; 20 mayo 2010 -RJ 2010, 3707-; 20 julio 2012 -RJ 2012, 9001-; 15 enero 2013 -RJ 2013, 2915-).

ción que incluso puede ser tácita⁴⁴, por aplicación de las normas de la aceptación de la herencia (arts. 999 y 1000 CC), como así postula la DGRN. En esa medida, nada obsta incluso para que el propio testador condicione el legado a la aceptación de su beneficiario o que fije para el legatario un término para aceptar⁴⁵.

§ 8. Ahora bien, si admitimos que puede resultar relevante la voluntad del legatario, al menos en sentido negativo, para deshacer la adquisición ya verificada, se plantean, diversos problemas que derivan de esa misma facultad de repudiar concedida al beneficiario de la manda. En primer lugar, tal y como puede deducirse rápidamente, dado que el legatario puede “deshacer” su adquisición, se puede plantear si por efecto de la renuncia, se genera o no una eventual situación de vacancia -vacancia que, piénsese bien, la tesis sabiniana quería eliminar-. De otra, dado que puede renunciar el legatario a su adquisición, ésta, en sí, queda sujeta a una situación de incertidumbre pues queda sometida a la pura voluntad del legatario; situación de pendencia que es todavía mayor, en cuanto que no se ha fijado plazo para la repudiación del legado (ni tampoco para su aceptación, dicho sea de paso). Y, por último, resultaría posible preguntarse, a tenor del mismo art. 881 CC, si cabe plantearse la posibilidad de que los herederos del legatario que muere sin aceptar ni repudiar tendrían la posibilidad todavía de renunciar al legado.

2.3. La transmisibilidad del *ius delationis* del legatario.

§ 9. La tesis de la adquisición automática del legado podría negarse bajo el argumento que suministra tanto el art. 881 CC, pero, sobre todo, el párrafo segundo del art. 889 CC, que admiten, al menos, aparentemente, la transmisibilidad *mortis causa* del *ius delationis* del legatario que muere sin aceptar, ni repudiar⁴⁶. Y ello por la razón de que, como se ha defendido, si la adquisición del legado operara *ope legis*, no existiría una auténtica delación⁴⁷, por lo que, habiéndose consumado la adquisición, el legatario solo podría transmitir en su herencia el mismo derecho legado.

Ahora bien, y, como se ha dicho, la adquisición del legado, aunque se entienda que actúa automáticamente, no impide al legatario deshacer la adquisición mediante la repudiación, ni confirmarla, a través de la aceptación. Por tanto, y, en esa medida, aun admitiendo que el legatario solo transmite a sus herederos el mismo bien o derecho legado, éstos, si aceptan su herencia, han de tener idénticas posibilidades que su causante para confirmar

44. Vid. SAP Orense 31.12.1998 (AC 1998, 2439).

45. M. GARCÍA RUBIO, *La distribución*, cit., p. 155. Vid. al respecto, el dictamen de P. SOLS, “Legado con cierto plazo de aceptación”; *Anuario de Derecho Civil*, 1948-3, pp. 1063-1067.

46. A favor se manifestaba expresamente, F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, cit., p. 1326.

47. M. ALBALADEJO (“La sucesión «iure transmissionis»”; *ADC*, 1952-3, p. 917), sostiene que «si nosotros entendemos por *ius delationis* el derecho a ser sucesor -a adquirir la herencia deferida- no podemos admitir que exista tal *ius* en el sistema de adquisición *ipso iure*, en el que lo tiene el *que ya es un sucesor provisional*, es precisamente, un derecho *a dejar de serlo*, repudiando». En parecido sentido, vid. M. GITRAMA, “Comentarios”, cit., p. 289.

o deshacer la adquisición, por lo que, de esta forma, también podrán aceptar o repudiar si su causante no lo hubiera hecho, como así se prevé expresamente en el art. 427-17 del Código Civil de Cataluña o en el art. 478 del Código de Derecho Foral de Aragón. En esa medida, se afirmaría la transmisibilidad de esta suerte de *ius delationis* incluso desde la óptica de la adquisición *ipso iure* del legado⁴⁸. Por este motivo, tampoco podría convertirse aquel art. 889.II CC en un argumento de peso para sustentar la tesis contraria.

3. La presunción legal de aceptación o la tesis de la aceptación presunta.

§ 10. Algunos de nuestros más clásicos tratadistas defendieron en su momento que el sistema de adquisición del legado acogido en el Código Civil exige la aceptación, pero no requiere una aceptación expresa, en cuanto que se presume esa aceptación, por lo que el legado puede producir los efectos que le correspondan desde el mismo momento de la muerte del testador⁴⁹.

§ 11. Esta tesis de la aceptación presunta o de la presunción de la aceptación presenta la ventaja de conciliar el sistema de adquisición de la herencia con el previsto para el legado y, en esa medida, hace más viable el recurso a una aplicación analógica de las normas sobre la adquisición hereditaria al proceso adquisitivo del legado ante el silencio legal al respecto. Ahora bien, tal y como también se pone de manifiesto, si bien el Código Civil prevé una aceptación expresa y contempla una aceptación tácita por lo que atañe a la herencia, no regula ni atiende una aceptación presunta⁵⁰. Y, aunque siempre cabe contrarrestar este argumento bajo la consideración de que, en verdad, en algunos casos lo que se denomina aceptación tácita no es sino una presunción legal de aceptación ante la actuación del llamado⁵¹, también evidencia la dificultad a la que se enfrenta la teoría de la aceptación presunta, al no existir, en nuestro texto codificado, plazo perentorio alguno para repudiar el legado sobre el que mantener una presunción de aceptación si el ejercicio de la facultad de renuncia no se ejercita en plazo⁵². Y, desde esta perspectiva, como también puso de manifiesto la RDGRN 19 septiembre 2002 (BOE, núm. 260, de 30 de octubre), esta tesis

48. Vid. las consideraciones que, a favor, realiza F. JORDANO FRAGA, *La sucesión*, cit., pp. 341-342. Incluso, M. ALBALADEJO (*Curso*, cit., p. 51), entiende que el supuesto *ius delationis* del legatario no es más que un simple poder de dejar ser tal legatario, por lo que la transmisión de ese *ius delationis* es realmente una transmisión del legado ya adquirido y juntamente «de la facultad de *deshacerse* de él (repudiándolo) o de *renunciar a deshacerse* (aceptándolo)». Por tanto, si el heredero del legatario acepta su herencia y acepta el legado, resulta que lo recibe de su transmitente, por lo que no sucede al primer causante.

49. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, cit., pp. 1255-1256 y p. 1260; F. CLEMENTE DE DIEGO, *Estudios*, cit., p. 501.

50. M.P. GARCÍA RUBIO, *La distribución*, cit., p. 153. Acogen esta opinión, F. J. SÁNCHEZ CALERO, “Comentario”, cit., p. 2150; M.A. EGUSQUIZA, “Comentario”, cit., p. 6441.

51. M. ALBALADEJO (“La adquisición”, cit., p. 10) sostenía que, en los casos de aceptación tácita, lo que acontece es que la ley toma en consideración la conducta del llamado y la hace valer como aceptación, exista o no voluntad de aceptar. Por tanto, si se quiere, el déficit de la tesis de la presunción de aceptación del legado vendría dada por la falta de definición por el legislador de los hechos de los que derivar esa misma presunción.

52. M.P. GARCÍA RUBIO, *La distribución*, cit., p. 153; M.A. EGUSQUIZA, *Comentario*, cit., p. 6441.

no se muestra convincente, pues, para resultar admitida y contar con apoyatura legal, hubiera sido preciso que el legislador hubiera fijado «los presupuestos —conocimiento del hecho o intimación, transcurso de un plazo, etc.— que determinarían la entrada en juego de tal presunción, de suerte que entender que la adquisición se produce automáticamente con la posibilidad de una repudiación que produjera efectos resolutorios de la adquisición previamente consumada sería tanto como sumar una ficción sobre otra».

§ 12. Sin embargo y, desde nuestra perspectiva, nos resulta especialmente llamativo que un importante sector de la doctrina italiana y no obstante la aparente clara dicción del art. 649 del *Codice* («el legado se adquiere, sin necesidad de aceptación, salvo la facultad de renunciar») se manifiesta a favor de entender que la aceptación sí resulta necesaria para adquirir, si bien ésta resulta presumida por la ley o que basta con esta aceptación presunta⁵³. Y, para fundar esta tesis, se recurren a dos argumentos principales⁵⁴.

§ 13. De una parte, se sostiene que, si se acogiera realmente la tesis de la adquisición *ex lege* del legado, la renuncia operaría respecto de un bien o derecho que ya habría entrado en el patrimonio del legatario, por lo que, al renunciar, ese bien o derecho debería quedar vacante o extinguido, pues, puesto que ya se adquirió, dicha renuncia habría de tener una naturaleza esencialmente abdicativa o extintiva. Esto es, se defiende que, si el bien o el derecho legado fuese adquirido automáticamente sin necesidad alguna de aceptación, la facultad de renuncia no tendría nada de especial, en cuanto que sería la misma facultad que se reconoce a todos los titulares de derechos subjetivos con la ulterior consecuencia de que el bien quedaría en situación de *res nullius*, de vacancia y, en el caso de legado de créditos, la renuncia provocaría la liberación del deudor. Desde esta perspectiva, se entiende que el art. 649.I establece una presunción de aceptación que dispensa al legatario de cumplir necesariamente un acto de aceptación, autorizándosele para destruir esa presunción con una declaración de renuncia no sujeta a forma especial⁵⁵. Y ello por la simple razón de que la renuncia del legado no es auténtica renuncia⁵⁶, sino que debe

53. Vid. A. CICU, *Il testamento*; edit. Giuffrè, Milán, 1951, pp. 233 y ss.; L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*; edit. Giuffrè, Milán, 1960, pp. 503 y ss. Acogen esta tesis, entre otros, G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 340; P. PERLINGIERI, *Codice annotato con la dottrina e la giurisprudenza*; edit. Utet, Turín, 1980, p. 347. En contra vid. A. MASI, *Legati*, cit., pp. 1 y ss.

54. Asimismo, otro de los argumentos esgrimidos en contra de la automaticidad del legado viene dado por la institución de la cautela sociniana y el legado en sustitución de la legítima, ya que la tesis de la adquisición automática no se conciliaría con una facultad de elección entre dos llamadas puestas en alternativa. Vid. así, P. PERLINGIERI, *Codice*, cit., p. 347.

55. A. CICU, *Il testamento*, cit., pp. 234-235.

56. A. CICU, *Il testamento*, cit., p. 235; L. FERRI, *Rinuncia*, cit., p. 15, n. 27; E. NAPOLI, *Acquisto del legato*, cit., p. 189 y p. 196; G. CARAMAZZA, *Delle successioni*, cit., p. 346; P. PERLINGIERI, *Codice*, cit., p. 347. No obstante, para otros autores, la renuncia tiene carácter abdicativo, porque impide *ex tunc* la adquisición del derecho, por lo que es paralela a la renuncia de la herencia. Vid. así, G. CIAN y A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, edit. Cedam, Padua, 1984, p. 460.

entenderse como un simple “*rifuto*”⁵⁷; el cual, según se postula por algunos, difiere de la misma repudiación de la herencia, por lo que a esa renuncia del legado (o a ese “*rifuto*”) no le son aplicables las normas especiales previstas para aquélla⁵⁸.

§ 14. Ahora bien, desde la perspectiva del Código Civil español, la cuestión parece más sencilla, pues, en caso de “no admitir” el legado el legatario o cuando resulte ineficaz, el art. 888 CC resulta claro, pues, en ese caso, el legado se refundirá en la masa hereditaria, fuera de los casos de sustitución y de derecho de acrecer. A mi modo de ver, lo que, entre otras cosas, quiere decir el precepto es que la renuncia del legatario (si la no admisión se entiende como renuncia) es uno más de los supuestos que provoca la ineficacia del legado. Nada más. Y, siendo éste ineficaz y cabe entender que lo es de forma sobrevenida, lo lógico es proyectar esa ineficacia a la misma adquisición del legatario con efectos *extunc*, en cuanto que esa adquisición, si se quiere, provisional, conlleva también la facultad de dejar de ser legatario cuyo ejercicio “resuelve” la adquisición. Por tanto, a mi modo de ver, la misma naturaleza de la renuncia no permite apuntalar claramente ninguna tesis sobre la adquisición del legado.

§ 15. Sin embargo, el segundo de los argumentos esgrimidos por algunos autores italianos aparentemente puede resultar a priori más convincente, pues, de lo que sí deja constancia es de la situación de incertidumbre que la adquisición del legado genera, en tanto no haya aceptación o repudiación por parte del legatario.

Aun cuando se mantenga la tesis de la adquisición automática del legado, parece obvio que la adquisición del legatario no llega a consolidarse sin su concorde voluntad, positiva o negativa. Igualmente resulta meridiano que pueden existir legítimas expectativas a tutelar que pueden derivar de que la voluntad del gravado se manifieste en un sentido u otro. En atención a ello, la doctrina española se muestra partidaria en admitir la aplicación analógica del art. 1004 CC a la adquisición del legado⁵⁹.

§ 16. El Código italiano, en cambio, admite, expresamente, en su art. 650, esta suerte de *interpellatio*, pues se admite que cualquier interesado⁶⁰ pueda pedir que la autoridad judicial fije un término dentro del cual el legatario declare si quiere renunciar, transcurrido el cual, sin ninguna declaración por su parte, decae en su derecho a renunciar.

Obviamente, la finalidad de la norma es eliminar una situación de incertidumbre. Pues bien, en atención a ella, no falta quien observe que la previsión de la posibilidad

57. L. FERRI, *Rinunzia*, cit., pp. 72 y ss.

58. Así es también defendido por los que abogan por la adquisición *ipso iure* del legado. Vid. C. GANGI, *I legati*, cit., p. 108; A. MASI, *I legati*, cit., p. 11. Igualmente, vid. E. PEREGO, *I legati*, cit., p. 225.

59. A favor, vid., por ejemplo, M. ALBALADEJO, *Curso*, cit., p. 294; F. JORDANO FRAGA, *La sucesión*, cit., p. 344.

60. Se mencionan en la doctrina al heredero o al legatario gravado con el legado, al colegatario con derecho de acrecer, a aquéllos que pueden subentrar en el legado en caso de renuncia por sustitución o por representación y al ejecutor testamentario. En ese sentido, vid. E. NAPOLI, *Acquisto*, cit., p. 201 «quien considera como legitimado al mismo legatario»; P. PERLINGIERI, *Codice*, cit., p. 349.

de señalar un término para el ejercicio de la facultad de renunciar no tendría sentido si no existiese un estado de incertidumbre que eliminar; estado de incertidumbre que no existiría si la renuncia tuviese por objeto una adquisición ya producida⁶¹. Por tanto, se defiende que este precepto (el art. 650) confirma que la adquisición del legado no es automática, sino que presumiendo *iuris tantum* la ley que el legatario consigue el legado a falta de una manifestación de voluntad expresa o tácita⁶², en un sentido u otro, se genera una situación de pendencia que resulta conveniente cuanto antes superar⁶³. Por este motivo, en el legado de especie, se entiende que esta *actio interrogatoria* sirve solamente para hacer irrevocable la adquisición⁶⁴.

No obstante, también se apunta que esta tesis choca contra la claridad de la letra del art. 649 y parece confundir entre la situación de incertidumbre conectada a la pendencia del procedimiento de adquisición con el estado de incertidumbre dependiente de la facultad concedida al legatario para despojarse de una adquisición que ha tenido lugar sin el concurso de su voluntad⁶⁵.

De este modo, cabe defender que la facultad de renuncia del legatario genera una situación de incertidumbre que afecta no a su adquisición, sino a su estabilidad⁶⁶. Además, siempre cabe entender que el fin de la norma trata de contrarrestar el inconveniente derivado de que el legatario no renuncie al legado, pero al mismo tiempo, no manifieste su aceptación (de forma expresa o tácita), lo que determinaría una situación de incertidumbre por tiempo indefinido con perjuicio de las legítimas expectativas de otros interesados⁶⁷. Pero la incertidumbre no afecta, en sí, a la adquisición, sino a la consolidación de la adquisición. Concepción ésta, la de “consolidar” una adquisición ya producida a la que explícitamente se refieren los arts. 477.2 del Código del Derecho Foral de Aragón y 427-16.1 del Código de Derecho Civil de Cataluña al señalar cuál es el efecto que provoca la aceptación del legatario cuando ya es seguro que no renunciará.

III. A modo de conclusión.

§ 17. Tal y como se ha tenido la oportunidad de comprobar y, pese a la aparente claridad del art. 649 del Código civil italiano, que contrasta con la relativa ambigüedad del art. 881 del Código español, el debate sobre el sistema de adquisición del legado sigue abierto en ambos ordenamientos de forma, además, muy similar. Y, si bien existen poderosas

61. En ese sentido, vid. L. FERRI, *Rinnunzia*, cit., pp. 11 y ss. y pp. 38 y ss.; G. CARAMAZZA, *Delle successioni*, cit., p. 341; P. PERLINGIERI, *Codice*, cit., p. 349.

62. G. CARAMAZZA, *Delle successioni*, cit., p. 341.

63. Vid. P. PERLINGIERI, *Codice*, cit., p. 347.

64. Vid. P. PERLINGIERI, *Codice*, cit., p. 349.

65. Vid. E. PEREGO, *I legati*, cit., p. 222.

66. A. MASI, *I legati*, cit., p. 5.

67. A. MASI, *I legati*, cit., p. 36.

razones para avalar la tesis de la adquisición *ipso iure* del legado que parece consagrar la letra del código transalpino, tampoco es dable desconocer que también pueden erigirse en sólidos los argumentos antes expuestos a favor del sistema de la adquisición por aceptación. Incluso, a estas alturas, cabe preguntarse si no estaremos en presencia de una de esas bizantinas discusiones de la doctrina sin especial relevancia práctica. No obstante, y en mérito a la praxis, lo que sí se pone en evidencia en las tesis antes expuestas es la situación de incertidumbre que se genera en torno a la misma adquisición del legado, sometida, en cualquiera de ellas, a la misma voluntad del legatario. De este modo, y aun cuando se defienda que la adquisición del legado se verifica de forma automática pero sujeta al ejercicio de la facultad de repudiar del legatario, a modo de una suerte de condición resolutoria, la duda a despejar y que entiendo trascendental -y que la extensión de esta aportación me impide desarrollar- es la de determinar si esa facultad puede ser ejercitada en cualquier tiempo o, si por el contrario, ha de quedar sujeta a un plazo⁶⁸ -de caducidad⁶⁹ o de prescripción⁷⁰, dada la ausencia de norma expresa. Queda, pues, abierta la puerta para más estudios y nuevas especulaciones.

68. No falta quien observe que, siendo diferente el sistema de adquisición de la herencia al previsto para la adquisición del legado, el derecho de aceptar no está sujeto a prescripción, pero puede extinguirse solo por la usucapión de la cosa legada por parte de un tercero. Por tanto, la prescripción decenal del derecho de aceptar la herencia (art. 480) se aplica a la adquisición de los legados; pero solo con referencia a la facultad de renunciar. Por la exigencia de que no se mantenga hasta el infinito una situación de pendencia, de una parte, el transcurso del tiempo hace consolidar la adquisición, en cuanto se presume ya producida y, de otro, el término decenal funciona como término de caducidad de la facultad de renunciar. Vid. en ese sentido, G. CARAMAZZA, *Delle successioni*, cit., p. 342.

69. A. MASI, *I legati*, cit., p. 17, considera que el derecho a renunciar opera en contra y no a favor del legatario, por lo que considera aplicable el instituto de la prescripción y no el de caducidad.

70. A favor de aplicar el plazo de prescripción decenal del art. 2946, vid. A. MASI, *I legati*, cit., p. 36; F.S. AZZARITI-G. MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni*, cit., p. 465.

FAMIGLIA, CONVIVENZA, FAMIGLIA DI FATTO

VINCENZO FRANCESCHELLI
Prof. ordinario Università di Milano-Bicocca

SOMMARIO: 1. Giovanni Furguele e il diritto di famiglia; 2. La convivenza: un fenomeno “deviante”; 3. Convivenza e matrimonio; 4. Filiazione; 5. Autonomia privata; 6. La regolazione della convivenza nella Legge 2016/76; 7. Nozione e configurazione del rapporto di convivenza; 8. La prova della convivenza e l’art. 37; 9. Matrimonio e convivenza; 10. La regolazione settoriale e gli effetti della convivenza di fatto; 11. Schema della disciplina e valutazione generale; 12. Convivenze e “convivenza di fatto”; 13. Il contratto di convivenza; 14. Il recesso; 15. L’interesse superiore della famiglia, e l’interesse dei conviventi; 16. Le successioni; 17. Valutazione conclusiva.

1. Giovanni Furguele e il diritto di famiglia.

Giovanni Furguele appartiene a una classe di giuristi nata sotto le vecchie regole. Ai nostri tempi, infatti, vigeva la regola non scritta – ma continuamente ripetuta dai nostri maestri – che, per vincere il concorso a cattedra, occorreva dimostrare di aver dato prova di una piena conoscenza del diritto. E tale prova consisteva nello studiare due temi di diritto privato, non collegati tra loro. Insomma, le fonti dovevano essere diverse. Si poteva “scegliere” tra i vari libri del codice civile: famiglia, successioni, diritti reali, obbligazioni, contratti.

Così fece Furguele, che oggi festeggiamo. E infatti, nel 1974 pubblica una prima monografia dal titolo *Vendita di cosa futura e aspetti di teoria del contratto*¹. Inizia, insomma, con la prova più difficile. E poi, come molti di noi, sceglie il diritto di famiglia, affrontando un difficile accostamento: *Libertà e famiglia*². A quei tempi, infatti, andava ancora per la maggiore la teoria generale del Cicu, che ricostruiva il diritto di famiglia in chiave pubblicistica³. I negozi di diritto familiare erano personalissimi, formali, nominati e legittimi. Nessun spazio, quindi, per l’autonomia privata. Nessun spazio, quindi, per la libertà.

Nello studiare la famiglia degli anni ’70, Furguele si imbatte nella famiglia di fatto, e qui le nostre strade si incontrano.

Un tema di progressiva attualità (nel senso che, con il passare degli anni, l’interesse per il tema si è progressivamente ampliato), fino a giungere ad una recente ricostruzione legislativa⁴. Ecco che, dunque, ricordare quegli studi lontani, e rivisitare il tema della fami-

1. G. FURGIUELE, *Vendita di cosa futura e aspetti di teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1974.

2. G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, Giuffrè, 1979.

3. A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, Athenaeum, 1914.

4. Legge 20 maggio 2016, n. 76. *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*.

glia di fatto mi è sembrato il miglior modo per celebrare tanti anni di studi e di evoluzione del diritto⁵. Ne approfitto, inoltre, per commentare la nuova Legge 2016/76, confrontandola con quanto si scriveva tanti anni fa.

2. La convivenza: un fenomeno “deviante”.

Il tema della famiglia di fatto mi fu affidato da Cesare Grasseti nell’ambito di un più ampio studio sui rapporti di fatto. Troppo ampio – mi resi conto – per una tesi, e fu così che mi laureai con uno studio circoscritto ai rapporti di fatto nel diritto di famiglia.

E a questo tema debbo la mia prima partecipazione ad un convegno di studio – il Convegno di Pontremoli tenutosi nel 1976 – dove presentai una mia (prima) relazione, poi pubblicata negli atti del convegno⁶.

Quando, in quei lontani anni, studiavo il diritto di famiglia, la convivenza *more uxorio*, confusa a torto da molti con il concubinato medievale, era considerata un fenomeno “deviante”. Deviante rispetto al modello matrimoniale che il codice Napoleonico aveva creato, in contrapposizione al matrimonio canonico. Ed era d’uso ricordare la nota frase attribuita a Napoleone: “Les concubines se passent de la loi. La loi se désintéresse d’eux”. E il disinteresse napoleonico era, tutto sommato, un atteggiamento benevolo, tenuto conto dei trascorsi storici, e degli atteggiamenti futuri.

Dimostrare che la famiglia di fatto non era un fenomeno deviante, sì invece una istituzione sociale, fu compito di quegli anni⁷.

3. Convivenza e matrimonio.

In questi ultimi cinquant’anni si è assistito al progressivo indebolirsi dell’istituto matrimoniale. Quando mi avvicinai agli studi civilistici, il codice del 1942 (1939) costruiva il matrimonio come monogamico ed indissolubile. Monogamico lo è ancora. Indissolubile non lo è più. Divorzio breve e divorzio assistito riportano il matrimonio civile al matrimonio romano, basato sull’*affectio maritalis*. Dura, in sostanza, quanto vogliono i coniugi.

Istituto di diritto (il matrimonio) ed equivalente in fatto (la convivenza) si sono, così, avvicinati – e si stanno avvicinando – secondo una intuizione che avevo formulato tanti anni fa; con inevitabili conseguenze, come si dirà.

5. L’occasione di rivisitare il tema, e di commentare la nuova legge sulle convivenze, mi è altresì stata data dall’Incontro di studio “Disciplina normativa delle convivenze e autonomia privata”, organizzato da Alessandra Bellelli presso l’Università degli Studi di Perugia nel maggio 2017.

6. *Il matrimonio di fatto: nozione, effetti e problemi nel diritto italiano e straniero*, pubblicato in *La Famiglia di fatto, Atti del Convegno Nazionale*, Pontremoli, 27-30 maggio 1976, Montereale 1977. Saggio che Furguele ebbe la bontà di ricordare, citandolo in *Libertà e famiglia*, cit., p. 277.

7. Tre anni dopo Pontremoli partecipai al convegno di Uppsala, Svezia, sul tema “Family Living in a Changing Society”, organizzato dalla International Society of Family Law. Quel convegno mi diede occasione per pubblicare un saggio, dal significativo titolo “*La famiglia di fatto da deviant phenomenon a istituzione sociale?*”, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1980, p. 1257. Il titolo ebbe, ai tempi, una certa qual fortuna.

Oggi la convivenza *more uxorio* è formazione sociale, pienamente riconosciuta dalla giurisprudenza⁸.

4. Filiazione.

Il processo di avvicinamento tra matrimonio e convivenza è stato – in un certo senso – facilitato dall’evolversi della disciplina della filiazione, e dalla sua profonda riforma, in definitiva applicazione del precetto costituzionale di eguaglianza tra filiazione legittima e filiazione naturale, termini e definizioni che oggi non esistono più⁹.

La principale differenza tra matrimonio e famiglia di fatto era infatti lo *status*, il nome e la sorte dei figli. Rimossa questa differenza, e unificata la disciplina della filiazione, la scelta tra matrimonio e convivenza ha perso, nella sostanza, uno dei punti di più rilevante differenziazione. Resta la costituzione del rapporto di filiazione, e questo, in fondo, è tutto ciò che resta.

5. Autonomia privata.

Un rapporto di fatto è di per sé espressione di autonomia privata. La sua regolazione è il suo trionfo.

Nella letteratura, e nel costume, l’autonomia privata era il fondamento della “libera convivenza”, che nel matrimonio, e negli istituti di diritto familiare, era negata.

Nel codice civile nel testo del ’42 non v’era nessun spazio, per l’autonomia privata. Si può dire che – nell’arco del tempo – questo rigido principio si sia, a poco a poco, incrinato, incrinandosi i presupposti stessi della sua esistenza e giustificazione¹⁰.

La rigidità degli istituti familiari aveva – non dimentichiamolo, presi come potremmo essere dalla realtà del contemporaneo – una sua chiara giustificazione. Il matrimonio canonico ha protetto, nei secoli, le donne rispetto alla convivenza medievale. Il matrimonio civile del Code Napoléon dovette combattere per affermarsi sul matrimonio religioso.

Ancora pochi decenni fa, le norme inderogabili costruite per proteggere la “legittimità” del matrimonio come atto e come rapporto – e dei negozi di diritto familiare – limitavano lo svolgersi dell’autonomia privata perché si pensava che l’autonomia privata avrebbe dato spazio all’abuso del più forte nei confronti del coniuge più debole.

8. Tra le tante, Cass. 15 settembre 2014, n. 19423: “La convivenza “more uxorio”, quale formazione sociale che dà vita ad un consorzio familiare...”. Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277: “I doveri morali e sociali che trovano la loro fonte nella formazione sociale costituita dalla *convivenza more uxorio* ...”.

9. MIR. BIANCA, *L’uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente Legge 219 del 2012*, in *Giustizia civile*, 2013, p. 205; A. BELLELLI, *I doveri dei genitori e i doveri dei figli nell’evoluzione legislativa*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, CEDAM, 2015, p. 141.

10. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. 6, Milano, Giuffrè, 2013, p. 77.

E infatti, per molte donne, il matrimonio rappresentò, e ha rappresentato, una sistemazione “definitiva”. Oggi la Suprema Corte, in una recente sentenza, ha riconosciuto che il costume sociale è mutato; che la donna ha acquistato, nella società moderna, una posizione di indipendenza impensabile un secolo fa¹¹. Ed ecco che il matrimonio non può più essere considerato una “sistemazione definitiva”. E la Suprema Corte ha altresì preso atto di quanto sia superata la “concezione patrimonialistica del matrimonio”.

In un certo senso giurisprudenza e legislatore convergono verso una maggiore considerazione per l'autonomia privata, che il codice del '42 aveva conservato solo in relazione agli accordi di separazione consensuale, ancorché soggetti all'omologazione e al controllo del giudice, controllo che, negli ultimi tempi, era sempre di più divenuto una mera formalità.

6. La regolazione della convivenza nella Legge 2016/76.

Mi sono chiesto in che misura la regolazione della convivenza contenuta nella nuova legge 20 maggio 2016, n. 76 corrisponda al modello che mi ero costruito tanti anni fa. Il che pone in primo luogo i temi della definizione e della prova.

La definizione operata dal legislatore è, come vedremo, sufficientemente precisa. Sulla prova diremo.

Nel complesso il mio giudizio è positivo¹². Certo, cinquant'anni fa né io né altri avevamo previsto che la regolazione della famiglia di fatto si sarebbe affiancata alla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

7. Nozione e configurazione del rapporto di convivenza.

Il primo tema attiene alla configurazione del rapporto, e quindi alla nozione della convivenza di fatto come regolata, e conseguentemente alla definizione data dal legislatore.

Un punto è certo: convivere significa vivere insieme, e non altro. Non trovarsi casualmente coinvolti in una esperienza sessuale, o nella condivisione di una abitazione¹³.

La nozione disegnata dall'art. 36 è la seguente: “*Si intendono conviventi di fatto due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale*”.

11. Cass. 10 maggio 2017, n. 11504, in tema di assegno di divorzio.

12. La nuova legge costituisce un riconoscimento di una realtà sociale. Su questo punto le nostre opinioni, ancora una volta, coincidono. Scriveva FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 281, l'intento è “quello di assecondare la tendenza dell'ordinamento al recupero delle situazioni di fatto, allorché la loro rilevanza sociale è tale da meritarelo”. Per quanto riguarda me, cfr. *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Vol. 28 delle Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trieste, Milano, Giuffrè, p. 403.

13. Sul punto v'è assoluta identità con quanto scriveva FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 281: “Condizione necessaria perché si abbia famiglia di fatto è che, pur mancando la “forma” giuridica, tuttavia esista un elemento obiettivo, e cioè la riconoscibilità del rapporto del suo carattere familiare, non, quindi, la mera coabitazione o occasionalità dello scambio sessuale, ma quella stabilità e solidarietà che identifica il legame di vita con vita”.

Del resto la giurisprudenza, nell'arco del tempo, aveva definito i contorni della figura, precisandone le caratteristiche¹⁴.

Debbo dire che, ai tempi dei miei primi studi, i termini di riferimento “convivenza *more uxorio*” o “famiglia di fatto” semplificavano di molto il problema definitorio¹⁵.

8. La prova della convivenza e l'art. 37.

La definizione di “conviventi di fatto” di cui all'art. 36 – definizione che è qualcosa di più di una definizione – necessita di un accertamento (la difficile prova della convivenza, collegata, un tempo, alla durata).

Tale prova si basa, oggi, sulla “dichiarazione anagrafica” di cui all'art. 37. Ad essa dichiarazione anagrafica si collega il rinvio di cui all'art. 4, e, quindi, alla nozione di “dimora abituale”, con tutto quel che ne consegue.

La “dichiarazione anagrafica”, accompagnata dalla convivenza, o dalla comune residenza, vale, a mio avviso, come presunzione. Presunzione semplice, ovviamente (e non certo *juris et de jure*) dei presupposti di cui all'art. 36.

14. Si veda, per esempio, da ultimo, Cass. 21 aprile 2016, n. 8037, in tema di risarcimento del danno per morte di un familiare di fatto: “Una famiglia di fatto, ovviamente, non sussiste sol perché delle persone convivano. La sussistenza di essa può desumersi solo da una serie cospicua di indici presuntivi: la risalenza della convivenza, la *diuturnitas* delle frequentazioni, il *mutuum adiutorium*, l'assunzione concreta, da parte del genitore *de facto*, di tutti gli oneri, i doveri e le potestà incombenti sul genitore *de iure*”. Cass. 17 febbraio 2016, n. 8401, in tema di estensione a un familiare di fatto del reato di maltrattamenti in famiglia: “Il delitto di maltrattamenti in famiglia deve ritenersi configurabile anche ove le condotte illecite siano poste in essere nei confronti del convivente *more uxorio*; è necessario, ai fini di tale configurazione, che il rapporto tra i soggetti coinvolti, benché soltanto di fatto, sia connotato da stabilità e reciproca assistenza e protezione”. Cass. Sez. lavoro 29 settembre 2015, n. 19304, in tema di prestazioni *affectionis vel benevolentiae* causa: “La prestazione di una attività lavorativa, per oltre sei anni, tra due parti legate da una relazione sentimentale, che sia oggettivamente configurabile come di lavoro subordinato, si presume effettuata a titolo oneroso, ma può essere ricondotta ad un diverso rapporto, istituito *affectionis vel benevolentiae causa*, ove risulti dimostrata la sussistenza della finalità di solidarietà in luogo di quella lucrativa, per una comunanza di vita e di interessi tra i conviventi tale da realizzare una partecipazione, effettiva ed equa, del convivente alla vita e alle risorse della famiglia di fatto”. Tra le decisioni meno recenti, che oggi hanno un valore storico, ricordo Cass. 23 aprile 1966, n. 1041; la definizione era questa: «la convivenza *more uxorio* si concreta in quella consuetudine di vita comune fra due persone di sesso diverso, che abbia il requisito subiettivo del trattamento reciproco delle persone analogo, per contenuto e forma, a quello normalmente nascente dal vincolo coniugale e che abbia, altresì, il requisito oggettivo della notorietà esterna del rapporto stesso quale rapporto coniugale, inteso non in senso assoluto, ma in relazione alle condizioni sociali ed al cerchio di relazioni dei conviventi, anche se sempre con un certo carattere di stabilità».

15. Ecco, tra le tante, qualche definizione: G. FURGUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 278 “Sono situazioni di rapporto che si sviluppano in assenza di matrimonio o con riguardo a matrimonio religioso non trascritto”; M. DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, Digesto, Torino, 1992, “Per famiglia di fatto deve intendersi una convivenza stabile e duratura, con o senza figli, tra un uomo e una donna, che si comportano come se fossero marito e moglie”; V. FRANCESCHELLI, voce *Famiglia di fatto*, in *Enciclopedia del diritto*, VI aggiornamento, Milano, Giuffrè, p. 370 “... s'intende per famiglia di fatto - secondo un'accezione ormai diffusa - la convivenza *more uxorio* di persone non coniugate. Elemento caratterizzante della convivenza *more uxorio* è l'abitare sotto lo stesso tetto in una comunione spirituale e materiale costruita ad imitazione del matrimonio”. C.M. BIANCA, *Diritto civile. Famiglia e successioni*, 3ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 25 “famiglia sorta dalla semplice convivenza personale”. E si potrebbe continuare.

9. Matrimonio e convivenza.

L'esame di queste due prime norme (gli articoli 36 e 37) ci consentono alcune considerazioni sulle relazioni tra rapporto di fatto e matrimonio:

- a) il matrimonio non dà una definizione di se stesso. La convivenza sì.
 - b) nel matrimonio la coabitazione è l'effetto. Nella convivenza un presupposto.
- Con ragione la Suprema Corte ha distinto tra convivenza e famiglia¹⁶.

10. La regolazione settoriale e gli effetti della convivenza di fatto.

Le successive norme (da art. 38 in poi) costituiscono, in sostanza, la codificazione di principi – ed effetti – che dottrina e giurisprudenza hanno previsto e costruito nell'arco del tempo.

E su di essi non mi soffermo, se non per un breve cenno, ed un catalogo.

E così i conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario (art. 38).

In caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza nonché di accesso alle informazioni personali, secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate, previste per i coniugi e i familiari (art. 39).

Il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa casa di comune residenza in caso di morte del proprietario della casa (art. 42)¹⁷.

Nei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto (art. 44).

I temi, insomma, sono quelli classici: le donazioni tra conviventi; il domicilio della famiglia di fatto e i diritti del familiare di fatto sull'immobile dove si è svolta la vita della famiglia di fatto; il risarcimento dei danni in seguito a morte di un familiare di fatto; i diritti e i doveri che nascono tra i conviventi; il diritto alla pensione del convivente o del componente la "famiglia naturale"; gli effetti del matrimonio di fatto sotto il profilo patrimoniale; la rottura del matrimonio di fatto nei suoi profili patrimoniali e le prestazioni *affectionis vel benevolentiae* causa tra i conviventi; la rilevanza della famiglia di fatto sotto il

16. Cass. 9 settembre 2015 n. 17856: "la convivenza *more uxorio* si caratterizza per i connotati della stabilità, continuità e regolarità, dando luogo ad una vera e propria 'famiglia di fatto'".

17. La giurisprudenza aveva già qualificato il rapporto tra convivente e abitazione come detenzione qualificata. Cass. 23 febbraio 2017, n. 4685: "La convivenza *more uxorio* determina sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente, che assume i connotati tipici di una detenzione qualificata". Cass. 15 settembre 2014, n. 19423: "La convivenza "more uxorio", quale formazione sociale che dà vita ad un consorzio familiare, determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su un interesse proprio del convivente e diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità. Tale interesse assume i connotati tipici di una detenzione qualificata che ha titolo in un negozio giuridico di tipo familiare. Pertanto l'estromissione violenta o clandestina dall'unità abitativa, compiuta dal convivente proprietario ai danni del convivente non proprietario, legittima quest'ultimo alla tutela possessoria, consentendogli di esperire l'azione di spoglio".

profilo della legislazione sociale; e si potrebbe continuare. Ciascuno di questi aspetti è stato, nell'arco del tempo, affrontato e risolto da una ormai vasta e variegata giurisprudenza. Temi tutti sui quali ci eravamo confrontati quasi quarant'anni fa¹⁸.

11. Schema della disciplina e valutazione generale.

In sintesi, possiamo dire che la nuova regolazione della “convivenza di fatto” si articola in tre fasi:

- 1) la definizione e la prova
- 2) gli effetti
- 3) la regolazione degli effetti patrimoniali della convivenza attraverso la stipulazione di un “contratto di convivenza”.

12. Convivenze e “convivenza di fatto”.

Qualcuno si è chiesto se la disciplina delle “convivenze di fatto” come regolate dalla legge escluda gli effetti acquisiti nel tempo dalle convivenze, dette anche, in relazione alle prime “convivenze non formalizzate”.

Penso proprio di no. Gli effetti previsti dalla nuova legge per le convivenze “registrate” non escludono che i conviventi che non si sono “registrati” continuino a godere degli effetti ad oggi riconosciuti dalla giurisprudenza e dalle leggi speciali. Se così non fosse, dovremmo qualificare la nuova legge come “oscurantista”, cosa che farebbe disperare certamente Monica Cirinnà, prima firmataria e strenuo difensore della nuova legge.

13. Il contratto di convivenza.

Torniamo, quindi, al punto più innovativo della nuova normativa: il “contratto di convivenza”, trionfo, si potrebbe dire, dell'autonomia privata.

Il suo “oggetto” – e la sua causa – è indicato nell'art. 50, che qui riproduco, come integrato dalla definizione di cui all'art. 36: “*Il contratto di convivenza è un contratto che regola tra persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune*”.

14. Il recesso.

La caratteristica che mi ha maggiormente incuriosito nella disciplina del contratto di convivenza è la facoltà di recesso attribuita a ciascuno dei conviventi.

E siccome il contratto di convivenza è, in sostanza, il patto che regola il vivere comune, potremmo quasi dire che i conviventi di fatto costruiscono un “matrimonio con facoltà di recesso *ad nutum*”.

18. G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 285 e ss. V. FRANCESCHELLI, *Il matrimonio di fatto*, cit., p. 1272 e ss.

E poiché si tratta di un recesso *ex lege*, esso è atto lecito; o, meglio, un atto lecito dannoso, che non produce, proprio perché lecito, alcuna conseguenza di danno risarcibile, né indennizzabile.

15. L'interesse superiore della famiglia, e l'interesse dei conviventi.

Manca, sia nelle unioni civili, sia nelle convivenze di fatto, il concetto di famiglia tradizionalmente intesa come entità superiore alla somma degli interessi individuali dei singoli componenti. Su questo occorrerebbe riflettere.

16. Le successioni.

Il punto che mi ha maggiormente deluso è stato, sia con riferimento alle unioni civili, sia con riferimento alla disciplina delle convivenze di fatto, il mancato intervento sulla disciplina generale delle successioni (forse perché le successioni si studiano poco).

La rigidità delle quote riservate, l'esiguità della disponibile, e l'intera disciplina della successione necessaria costituisce, quindi, il convitato di pietra della riforma.

17. Valutazione conclusiva.

E così si può dire che, nell'arco di quarant'anni, il percorso del pieno riconoscimento della famiglia di fatto si sia compiuto. V'è il compiacimento di aver raggiunto un fine un tempo sperato, e di aver contribuito a raggiungerlo.

Allo stesso tempo, occorre prendere atto che il legislatore ha "indebolito" il matrimonio.

Mi sono chiesto quale linea di politica legislativa abbia seguito il legislatore nel seguire questo percorso. È ben noto che le scelte di politica legislativa hanno l'effetto di favorire o sfavorire un istituto rispetto ad un altro.

Matrimonio e convivenze si sono avvicinate fino quasi a sovrapporsi. Ma allora è meglio convivere o sposarsi, visto che gli effetti sono simili?

Per le unioni civili, ovviamente, il dubbio non sussiste, perché la nuova legge attribuisce un diritto che prima non v'era. Ma per il rapporto matrimonio - convivenza il dubbio sussiste. Certo per il cittadino il valore positivo è dato dalla possibilità di scegliere: costruire una famiglia fondata sul matrimonio, o costruire una famiglia di fatto basata sulla convivenza.

Segnalata, come ho fatto, la mancanza di un intervento in tema di successioni, ci resta solo questo dubbio di fondo: qual sia stato e quale sia il senso della politica legislativa sul tema generale della famiglia, sia essa fondata sul matrimonio, o costituita dalla convivenza¹⁹. E qui, lascio la risposta a ciascuno di noi.

19. Un interrogativo che accompagna senza risposta la storia del rapporto tra matrimonio e convivenza. Scrivevo nel 1980: "Lo Stato non può infatti ignorare che, là dove regolasse la convivenza *more uxorio* sul modello del matrimonio, i destinatari della norma potrebbero rivolgergli l'imbarazzante interrogativo 'se il concubinato si manifesta uguale al matrimonio, perché ci si dovrebbe sposare?'; così *La famiglia di fatto da deviant phenomenon a istituzione sociale*, cit., p. 1296.

PARTO ANONIMO E ACCESSO ALLE INFORMAZIONI IDENTITARIE (TRA SOLUZIONI PRATICATE E PROSPETTIVE DI RIFORMA)

FULVIO GIGLIOTTI

Prof. ordinario Università di Catanzaro

SOMMARIO: 1. Premessa: condizione adottiva e (diritto all')informazione dell'adottato. – 2. *Segue*: la disciplina originaria e il contesto normativo internazionale. – 3. Il parto "anonimo". – 4. *Segue*: l'accesso dell'adottato alle informazioni identitarie (in caso di parto anonimo): la prima novella dell'art. 28 l. adoz. – 5. *Segue*: la modifica successiva agli orientamenti giurisprudenziali conseguenti. – 6. La più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: il "caso Godelli". – 7. La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 28, comma 7, l. adoz. (e alcune considerazioni critiche). – 8. Problemi e orientamenti attuali in tema di accesso alle informazioni in caso di parto anonimo. – 9. Prospettive di riforma.

1. Premessa: condizione adottiva e (diritto all') informazione dell'adottato.

L'istituto dell'adozione¹ – di origini assai antiche² – ha da sempre sollevato il problema di *come* regolare il rapporto adottivo in relazione al nucleo familiare di provenienza³: a qual proposito, le soluzioni di volta in volta praticate nel tempo sono spesso risultate assai diversificate⁴; e solo nella legislazione contemporanea si è venuto – tendenzialmente⁵ – a

1. Per un commento essenziale alla L. 4 maggio 1983, n. 184 (di seguito: l. adoz.) v. (anche per ogni utile riferimento bibliografico) il *Comm. breve al diritto della famiglia* (a cura di A. Zaccaria), Padova, 2016, p. 1537 ss., V. anche, per utili indicazioni generali, F.D. BUSNELLI, *Commento all'art. 1 L. 4 maggio 1983, n. 184*, ora in Id., *Persona e famiglia. Scritti di F. D. Busnelli*, Pisa, 2017, p. 397 ss. Per una complessiva verifica dello stato di attuazione della L. n. 184 del 1983 v., assai di recente, il resoconto della "indagine conoscitiva sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozioni ed affidò", condotta dalla Comm. Giustizia presso la Camera, del 7 marzo 2017, che si può leggere direttamente *on line* in <http://www.publicpolicy.it/wp-content/uploads/2017/03/adozionereal.pdf>.

2. I diritti e i doveri degli adottati erano già descritti, invero, nel codice di Hammurabi, del XVIII sec. a. C. Per una prospettiva storica del tema (sin dalla prima antichità) v., con ampia informazione, M. B. ÁLVAREZ, *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*, Madrid, 2014, p. 37 ss.

3. L'art. 185 del cit. codice di Hammurabi disponeva, ad es., che qualora taluno avesse adottato un bambino attribuendogli il nome di figlio, e – in tale veste – lo avesse allevato, il figlio così cresciuto dall'adottante non potesse più essere *richiesto in restituzione* da chi lo aveva generato. Peraltro, il modello dell'adozione (dei minori) diffuso presso le società contemporanee – quale definitivo "trapianto" del minore da una famiglia (originaria) ad altra (quella adottiva) – è (specialmente in Europa) storicamente assai più recente (informazioni essenziali, al riguardo, vengono fornite da L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in P. Zatti (dir.), *Trattato di diritto di famiglia. II. Filiazione* (a cura di G. Collura-L. Lenti-M. Mantovani), 2^a, Milano, 2012, p. 767 ss.), avendo per lo più assunto, l'adozione, in epoche più remote, una funzione profondamente diversa da quella appena evocata.

4. Per riferimenti essenziali v., ancora, L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, cit., p. 773 ss. e p. 778 ss.

5. Ma v., ad es., per la possibilità, sotto condizioni particolari, di revoca dell'adozione del minore e ripristino

consolidare il principio⁶secondo il quale l'insorgere del rapporto adottivo fa cessare *ogni relazione* con la famiglia d'origine⁷.

La tendenziale recisione⁸di una dimensione relazionale tra adottato e famiglia d'origine⁹– progressivamente più intensa (anche soltanto *in fatto*)in ragione della più ristretta estensione temporale dei rapporti familiari pregressi – finisce per assumere contorni assai netti, com'è ovvio, nei casi di adozione di minori abbandonati in tenerissima età, a cagione, soprattutto, dell'assenza (presso l'adottato), in simili casi, di un “vissuto” di ricordi, sentimenti e situazioni riferibili al nucleo familiare – o, più semplicemente, al genitore biologico – originario.

È proprio – se non (addirittura, e secondo i casi) soltanto¹⁰ – in situazioni di tal genere che si affaccia, però, dietro al fenomeno dell'adozione¹¹, la grave questione di una

della relazione parentale biologica, gli artt. 191 ss. Cod. famiglia filippino del 1987.

6. Nel nostro ordinamento (oggi) espresso dall'art. 27, comma 3, l. ado.

7. Dubita dell'opportunità di un'automatica e indiscriminata applicazione del principio L. LENTI, *Vicende*, cit., p. 800 ss., il quale osserva – all'esito di alcune interessanti riflessioni – che «la rottura di ogni relazione con la famiglia d'origine, che pur costituisce un tratto caratteristico del modello contemporaneo di adozione, ove è frequentissimamente presente», non può essere apoditticamente reputata “indispensabile”, suggerendo una più elastica soluzione.

8. Spesso, peraltro, impossibile “in fatto” (come da più parti evidenziato), specialmente avuto riguardo, intuitivamente, a rapporti adottivi riferibili a persone (pur sempre)minori ma già sufficientemente cresciute al momento dell'adozione (oltre che in ragione, talora, di altre possibili circostanze fattuali).

9. Come appena accennato nella nota che precede, altro è l'interruzione di legami di tipo *giuridico* – interruzione che (fatti salvi, peraltro, i divieti matrimoniali) può presentarsi tendenzialmente completa (essendo stata anche ritenuta conforme al dettato costituzionale: cfr. Cass., 24 novembre 1995, n. 12169, in *Studium Juris*, 1996, p. 922 ss.; e in *Nuova gir. civ. comm.*, 1996, I, p. 563 ss.) – altro la recisione di rapporti meramente sociali, sempre possibili *in fatto*, ove le concrete circostanze li rendano sostanzialmente praticabili. A qual riguardo – richiamando un diffuso orientamento giurisprudenziale –si è anche evidenziato che «la formula dell'“adozione aperta” ha le caratteristiche dell'adozione legittimante, pur consentendo il mantenimento dei rapporti con la famiglia di origine, sulla base di un'interpretazione evolutiva dell'art. 27,ult. Comma, l. n. 184 del 1983, secondo cui l'interruzione dei rapporti dell'adottato con la famiglia di origine va intesa in senso meramente giuridico e non si accompagna necessariamente all'interruzione dei rapporti di fatto»: Trib. min. Bari, 3 febbraio 2010, in www.giurisprudenzabarese.it (ma v. App. Torino, 28 febbraio 1990, in *Dir. famiglia*, 1991, p. 548 ss.).

10. Per tutti v. L. LENTI, *Vicende storiche*, cit. p. 807.

11. In termini (certamente) diversi si pone la questione (seppure, per alcuni aspetti, analoga) della ricerca delle proprie origini nel caso di soggetti nati a seguito di tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA). Infatti, com'è stato, al riguardo, sottolineato nel parere – “*Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*”, che si legge in http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/2Conoscere_le_proprie_origini.pdf – reso dal Comitato nazionale di Bioetica del 25 novembre 2011 (estensore L. D'Avack),«se nel caso dell'adottato si può parlare di una “storia” familiare prima dell'abbandono, è fuorviante usare questo termine per il semplice patrimonio genetico derivato dall'offerta di gameti. L'accesso alle proprie radici ha dunque un ben diverso significato per il nato adottato: in alcuni casi questa conoscenza potrebbe essere di aiuto a una migliore elaborazione psicologica del rifiuto dei genitori naturali, condizione invece del tutto assente nella nascita da PMA» (p. 15 del parere). Nel merito delle soluzioni proposte dal CNB, peraltro, da non trascurare appaiono le considerazioni espresse nella *dissenting opinion* di C. Flamigni (p. 19 ss. del citato documento). Sul tema v., di recente: M. VELLETTI, *Diritto alle origini: prospettive di riforma dopo la sentenza della Corte Cost. 22 novembre 2013, n. 278*, in *Riv. ALAF*, 2015, p. 70 ss.; M. G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, p. 15 ss. In proposito, va comunque segnalato che l'art. 9, comma 2, della L. 19 febbraio 2004,

progressiva (ri)costruzione d'identità dell'adottato¹², a partire dal problema, preliminare, della (modalità di) comunicazione allo stesso della sua *condizione adottiva*¹³, sino – più radicalmente – a quello relativo alla *ricerca delle origini*¹⁴ (e all'accesso alle informazioni idonee a soddisfare la più completa esigenza di verità)¹⁵.

In proposito, nonostante una iniziale condivisione sociale dell'esigenza di segretezza delle relazioni adottive – talora presidiata, ancora di recente, da corrispondenti soluzioni normative¹⁶ – si è progressivamente diffuso il convincimento degli studiosi di scienze del

n. 40 (con scelta da taluno giudicata inopportuna) prevede un divieto di anonimato della madre di chi è nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita, sebbene siano state manifestate motivate perplessità in ordine alla concreta applicabilità della proibizione (per tutti v. M. SESTA, *Diritto di famiglia*, 2^a, Padova, 2005, p. 583).

12. In questa prospettiva v., ampiamente, M. G. STANZIONE, *Identità*, cit., *passim*.

13. Interessante, al riguardo, quanto ritenuto da Aut. Garante per la protez. dati personali, 8 aprile 2010, n. 1719160 (in *www.DeJure.it*), a cui giudizio «devono ritenersi illecite le informazioni diffuse da un programma televisivo in relazione a casi di adozione, perché in contrasto con la normativa sulla *privacy* e con la disciplina sulle adozioni, che affida ai soli genitori adottivi la possibilità di informare il minore della sua condizione di adottato e poi solo a quest'ultimo, raggiunta la maggiore età, la scelta eventuale di ricercare i genitori biologici. Infatti, la disciplina sulle adozioni individua specificamente quali sono i presupposti perché l'adottato possa accedere ad informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei genitori biologici, delineando un percorso preordinato a tutelare, attraverso particolari procedure e l'intervento dei soggetti e delle istituzioni competenti, la personalità dell'adottato – anche divenuto maggiorenne – e i contesti familiari interessati».

14. In proposito, oltre ai lavori sin qui richiamati, v., in particolare: M. PETRONE, *Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, Milano, 2004. V., inoltre: E. ADAMO, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini: scenari e prospettive alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 325 ss.; M. VELLETTI, *Diritto alle origini: prospettive di riforma dopo la sentenza della Corte Cost. 22 novembre 2013, n. 278*, cit., p. 60 ss.; T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 473 ss.; B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 709 ss.; S. FAVALLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: un dialogo decennale fra CEDU e Corte costituzionale italiana*, in *www.forumcostituzionale.it* (9 dicembre 2013); L. FADIGA, *L'adozione legittimante dei minori*, in P. Zatti (dir.), *Trattato di diritto di famiglia. II. Filiazione*, cit., p. 934 ss.; P. G. GOSSO, *L'adottato alla ricerca delle proprie origini. Spunti di riflessione*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 204 ss.; S. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 443 ss.; L. BALESTRA, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici*, in *Famila*, 2006, p. 161 ss.; J. LONG, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 549 ss.; L. LENTI, *Adozione e segreti*, ivi, 2004, II, p. 229 ss.; S. CICCARELLO, *Adozione e informazione sullo status di figlio adottivo*, in M. F. Tommasini (a cura di), *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare*, Torino, 2003, p. 155 ss.

15. La questione (della ricerca delle proprie origini) si pone in termini intuitivamente più ampi (e, naturalmente, più problematici) in caso di adozione internazionale; in proposito v., ad es.: J. F. CHICOINE-P. GERMAIN-G. LEMIEUX, *Genitori adottivi e figli del mondo. I vari aspetti dell'adozione internazionale*, Trento, 2004, spec. p. 40 ss.; A. G. MILOTTI, *Ci vuole un Paese. Adozione e ricerca delle origini. Testimonianze e strumenti per un viaggio possibile*, Milano, 2011; S. GUERRA, *Lo zainetto invisibile. La ricerca delle origini nelle adozioni internazionali tra diritto, web e dinamiche relazionali*, Roma, 2015; C. D'AMBROSIO, *La ricerca delle radici. Identità, migrazioni, adozioni, orientamenti sessuali e percorsi terapeutici*, Rimini, 2017, *passim*, ma spec. cap. III. Per una trattazione analitica del tema – nella L. n. 184 del 1983 regolato dall'art. 37, come novellato dalla L. n. 476 del 1998 – v. M. PETRONE, *sub art. 37 l. adoz.*, in L. Balestra (a cura di), *Della famiglia. Leggi collegate*, nel *Comm. al c.c. dir.* da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 214 ss. (e spec. p. 220 ss.).

16. Cfr., ad es., l'art. 227, comma 1, del codice della famiglia dell'Ucraina (che si può leggere direttamente

comportamento umano secondo il quale la conoscenza (e la valorizzazione) delle proprie origini¹⁷ – acquisita attraverso una “rivelazione” equilibrata¹⁸ – costituisce, piuttosto, un elemento indispensabile per la costruzione dell’identità e della personalità dell’adottato¹⁹; e in questo senso, ormai, appare orientata tutta la letteratura specialistica sul tema²⁰: di questa progressiva evoluzione, dalla segretezza verso l’accessibilità²¹, l’ordinamento vigente ha quindi, necessariamente, preso atto²², pur rimanendo ancora da risolvere – come di seguito si dirà – alcuni interrogativi di fondo.

2. (Segue) La disciplina originaria e il contesto normativo internazionale.

Diversamente da quello vigente, peraltro, il sistema originario della disciplina dell’adozione (di minori) non solo non contemplava la possibilità di accedere ad informazioni relative alla vicenda adottiva, ma, più radicalmente, sembrava piuttosto orientato verso una tendenziale prescrizione di segretezza – seppure, almeno espressamente, riferita ai terzi²³ – di quest’ultima²⁴.

on line – nella traduzione italiana di E. Bulli, curata per la Commissione nazionale adozioni internazionali – all’indirizzo *internet* <http://www.commissioneadozioni.it/smartPortal/download.aspx?id=346>), ai sensi del quale «l’adottante ha il diritto di nascondere il fatto dell’adozione al minore adottato e di esigere la non divulgazione delle informazioni da parte delle persone che ne sono a conoscenza sia prima che dopo il raggiungimento della maggiore età da parte dell’adottato». V., anche, l’art. 139, comma 1, cod. famiglia della Federazione Russa, secondo il quale «il segreto sull’adozione di un minore è garantito dalla legge» (v. il testo – nella traduzione italiana di E. Forcati – all’indirizzo <http://www.commissioneadozioni.it/smartPortal/download.aspx?id=347>).

17. Cfr. J. TRISELIOTIS, *Search of Origins*, London, 1973.

18. In proposito v., per tutti, B. KEEFER-SMALLEY- J.E. SCHOOOLER, *Telling the Truth to Your Adopted or Foster Child. Making Sense of the Past*, 2°, London, 2015, *passim*.

19. Cfr. A. DELL’ANTONIO, *Le problematiche psicologiche dell’adozione nazionale e internazionale*, Milano, 1986, p. 50 ss; M. FARRI MONACO-M.T. NIRO, *Adolescenti e adozione. Una Odissea verso l’identità*, Torino, 1999; P. Gambini, *psicologia della famiglia. La prospettiva sistemico-relazionale*, Milano, 2007, p. 301 ss.

20. V., anche per riferimenti sul tema, L. FADIGA, *L’adozione legittimante*, cit., p. 935 ss.

21. V., per tutti, le sintetiche considerazioni di P. SERRA, *Segreto versus bugia: dall’esperienza clinica nuove indicazioni per l’adozione*, in *Minorigiustizia*, 2009, p. 218 ss.

22. L’art. 28 l. adoz. riserva ai genitori adottivi il compito di informare il minore della sua condizione adottiva; non è chiaro, peraltro, quali possano essere le conseguenze di una mancata informazione, in atto verificatasi (in proposito v., ad es., per due soluzioni opposte: L. FADIGA, *L’adozione legittimante dei minori*, cit., p. 940; M. DOGHIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Il Codice civile. Commentario*, dir. da F. D. Busnelli e fondato da P. Schlesinger, Milano, 2002, p. 640).

23. Il testo originario dell’art. 28 l. adoz. – che detta(va) una disposizione certamente più restrittiva di quella già recata dall’art. 314/28 c.c. (v., infatti, al riguardo, quanto significativamente emerge dal resoconto della *Commissione IV. Giustizia*, presso la Camera dei Deputati, seduta del 10 dicembre 1969, che è possibile consultare direttamente *on line* digitando l’indirizzo *Internet* http://legislature.camera.it/_dati/leg05/lavori/stencomm/04/Leg/Serie010/1969/1210/stenografico.pdf) – disponeva: «qualunque attestazione di stato civile riferita all’adottato deve essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l’esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla maternità del minore e della annotazione di cui all’ultimo comma dell’art. 26. L’ufficiale di stato civile e l’ufficiale di anagrafe debbono rifiutarsi di fornire notizie, informazioni, certificati, estratti o copie dai quali possa comunque risultare il rapporto di adozione, salvo autorizzazione espressa dell’autorità giudiziaria»; esso non faceva alcun riferimento, peraltro, alla posizione dell’adottato (come soggetto interessato all’acquisizione delle informazioni).

24. Al criterio della tendenziale segretezza di particolari vicende personali erano (state) tradizionalmente improntate, seppure in contesti diversi, anche altre disposizioni normative; così, ad es., l’art. 9 r.d.l. n. 798 dell’8

Nonostante le riserve (almeno, in termini di opportunità della soluzione) a suo tempo espresse da parte della dottrina²⁵, un orientamento giurisprudenziale rigoroso²⁶ aveva conseguentemente escluso – anche argomentando dall’art. 27 l. adoz.²⁷ – che l’adottato avesse diritto di ottenere informazioni relative alla sua vicenda familiare (considerando, dunque, il divieto posto dall’art. 28 l. adoz. come tendenzialmente insuperabile, anche in confronto dello stesso adottato).

Una siffatta soluzione – comunque avversata dagli studiosi di scienze del comportamento umano²⁸, oltre che da diversi giuristi – risultava però recessiva rispetto al contesto normativo internazionale con il quale la regolamentazione interna era (necessariamente) destinata a confrontarsi; infatti, anche a prescindere dalle (diverse) soluzioni già praticate in altri ordinamenti²⁹, va subito evidenziato che – pur non difettando precedenti testi normativi sopranazionali tendenzialmente in linea con la soluzione interna³⁰ – un’opposta

maggio 1927, con riguardo a “fanciulli illegittimi abbandonati o esposti all’abbandono”, pur demandando alla «direzione sanitaria dell’istituto ricoverante», nei modi più congrui, «riservate indagini per accertarne la madre, allo scopo di constatare, ove sia possibile, le condizioni sanitarie di quest’ultima, di procurarne all’infante l’allattamento materno o d’indurre la madre stessa a riconoscere il figlio», vietava (penalmente) la rivelazione dell’esito delle indagini compiute (divieto ribadito dall’art. 22 del relativo Reg. esecuz., r.d. n. 2822/1927). Ancora a poco meno di un quarto di secolo dal nuovo millennio, il ddl Romagnoli Carettoni e al., n. 124 dell’11 agosto 1976, rilevato che le (allora) «vigenti disposizioni di legge non consentono di occultare e di dissolvere lo stato di fatto e di diritto anteriori all’adozione, con possibilità di scoperte da parte dei genitori biologici del bambino le quali possono assumere l’aspetto di una vera e propria turbativa di questo suo nuovo status soggettivo, e comunque costituiscono grave turbamento al suo sereno inserimento nella nuova famiglia», proponeva, al fine di assicurare la *massima segretezza* del percorso adottivo, di «occultare l’atto originale di nascita mediante apposizione di soprappoggio assicurato con idonei sigilli» (art. 2), rendendolo definitivamente inconsultabile, se non a seguito di provvedimento dell’autorità giudiziaria.

25. V., ad es., V. SCALISI, *Della dichiarazione di adozione, sub art. 27*, in *Comm. dir. it. famiglia Cian-Oppo-Trabucchi*, VI. 2, Padova, 1993, p. 357 ss.

26. V., soprattutto, Trib. min. Torino, 4 febbraio 1986, in *Prospettive assistenz.*, 1986, p. 50 ss.; Trib. min. Roma, 30 maggio 1994, in *Dir. fam.pers.*, 1994, p. 1315.

27. Nella medesima prospettiva era stato anche valorizzato il limite posto (per la tutela della riservatezza di terzi) dall’art. 24 della L. n. 241 del 1990: cfr. TAR Lazio, sez. III, 17 luglio 1998, in *TAR*, 1998, I, p. 2970; Trib. min. Perugia, 15 luglio 1999, in *Dir. famiglia* 1999, p. 1260 (e v. pure la pronuncia dell’Aut. Garante protezz. dati personali, 10 settembre 1999, che si può leggere direttamente in rete all’indirizzo internet http://www.repubblica.it/cittadino.lex/societa990907_c_parto/societa990907_c_parto.htm).

28. Cfr., *ex multis*, D. M. BRODZINSKY- M. D. SCHECHTER, *The psychology of adoption*, New York, 1990; L. BAL-FILORAMO, *L’adozione difficile: il bambino restituito*, Roma, 1993.

29. In Inghilterra, ad es., nello stesso periodo in cui nel sistema giuridico nostrano si proponeva (*supra*, nt. 24) di occultare l’atto di nascita dell’adottato, la *Section 26* del *Children Act 1975* attribuiva (già) all’adottato maggiorenne il diritto di ottenere una copia integrale dell’atto di nascita.

30. Il riferimento è, in particolare, all’art. 20 della Conv. Europea (di Strasburgo) sull’adozione dei minori, del 24 aprile 1967, ora superato dalla nuova versione del 7 maggio 2008, il cui art. 22, comma 3, si muove in direzione sostanzialmente opposta, disponendo che «il bambino adottato ha accesso alle informazioni in possesso delle autorità competenti *relativamente alle proprie origini*. Quando i suoi genitori di origine hanno il diritto legale di non rivelare la loro identità, sarà facoltà delle autorità competenti, nei limiti consentiti dalla legge, determinare se negare tale diritto e divulgare informazioni di identificazione, tenuto conto delle circostanze e per i rispettivi

posizione³¹ risultava già chiaramente adottata, sul piano normativo³², tanto nell'art. 7 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo³³, che nell'art. 30 della Conv. dell'Aja per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale³⁴, rimanendo perciò discutibile il diverso regolamento dettato, al riguardo, dal diritto interno.

3. Il parto anonimo.

Su questo scenario normativo veniva ad inserirsi – nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso – l'espressa previsione³⁵ intesa ad assicurare, in termini generali, il rispetto della volontà della madre partoriente³⁶ di non essere nominata³⁷ nella dichiarazione di nascita³⁸.

diritti del bambino e dei suoi genitori di origine. Orientamenti adeguati possono essere forniti ad un bambino adottato che non abbia raggiunto la maggiore età».

31. Tralasciamo, per ora, il riferimento all'art. 8 della *Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), del 4 novembre 1950, alla quale si farà riferimento più avanti (*infra*, §§ 5 e 6).

32. Ma v. anche la Risoluzione (8 luglio 1992, A30172/92) del Parlamento europeo sulla *Carta dei diritti del fanciullo*, punto 8.10: «ogni fanciullo ha diritto alla protezione della sua identità e, all'occorrenza, deve poter venire a conoscenza di determinate circostanze relative alle sue origini biologiche, entro i limiti imposti dalle legislazioni nazionali per la tutela dei diritti dei terzi; devono essere determinate le condizioni in base alle quali si daranno al fanciullo le informazioni relative alle sue origini biologiche, e lo si proteggerà dalla divulgazione di tali informazioni».

33. Convenzione del 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con L. maggio 1991, n. 176, il cui citato art. 7 dispone che «il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi».

34. Convenzione del 29 maggio 1993 (ratificata dall'Italia con L. n. 476 del 31 dicembre 1998); art. 30: «le autorità competenti di ciascuno Stato contraente conservano con cura le informazioni in loro possesso sulle origini del minore, in particolare quelle relative all'identità della madre e del padre ed i dati sui precedenti sanitari del minore e della sua famiglia. Le medesime autorità assicurano l'accesso del minore o del suo rappresentante a tali informazioni, con l'assistenza appropriata, nella misura consentita dalla legge dello Stato».

35. Introdotta dall'art. 21. 15 maggio 1997, n. 127, con cui si disponeva la modifica dell'art. 70 del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238, in materia di ordinamento dello stato civile.

36. Peraltro, già con sentenza n. 171 del 5 maggio 1994 (che si legge, *on line*, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1994/0171s-94.html>), la Corte Costituzionale sembrava riconoscere che «qualunque donna partoriente, ancorché da elementi informali risulti trattarsi di coniugata, può dichiarare di non volere essere nominata nell'atto di nascita» (punto 3 della motivazione).

37. Questo il testo dell'art. 70, comma 1, del r.d. n. 1238/1939, come sostituito dalla L. n. 127/1997: «la dichiarazione di nascita è resa indistintamente da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, *rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata*» (il testo previgente disponeva, invece, che «la dichiarazione di nascita è fatta dal padre o da un suo procuratore speciale; in mancanza, dal medico o dalla levatrice o da qualche altra persona che ha assistito al parto, o, se la puerpera era fuori della sua ordinaria abitazione, dal capo della famiglia o da persona delegata dall'istituto o stabilimento in cui ebbe luogo il parto»).

38. Anteriormente alla modifica introdotta dalla L. n. 127 del 1997 (richiamata nella nota che precede) l'assenso (*recte*: il dissenso) ad essere considerato nella dichiarazione di nascita veniva in rilievo, unicamente, in caso di nascita da unione illegittima, disponendo l'art. 73 del cit. r.d. n. 1238 del 1939 che (solo in tal caso) l'indicazione delle generalità del padre e della madre «dovranno essere fatte soltanto per il genitore o per i genitori che personalmente rendono la dichiarazione di nascita, o che hanno fatto constare per atto pubblico

Una siffatta formalizzazione positiva del diritto della madre a non essere nominata³⁹ nell'atto di nascita⁴⁰ veniva poi ribadita dall'art. 30 del D.P.R. n. 396 del 3 novembre del

del *proprio consenso* ad essere nominati». Non era perciò infrequente, già nel vigore del testo originario del r.d. n. 1238 del 1939, il caso di bambino «denunciato allo stato civile come generato da un celibe e da una donna che non intende essere nominata» (l'espressione tra virgolette (che precede) è tratta, significativamente, da una pronuncia dei primi anni '80 del secolo scorso: Cass. pen., 2 dicembre 1980, in *Giust. pen.*, 1982, II, p. 144; per analoga situazione v., già, App. Roma, 11 ottobre 1979, in *Giur. merito*, 1981, p. 654).

39. Sul tema v. ora S. STEFANELLI (a cura di), *Il parto anonimo. Profili giuridici e psico-sociali dopo la declaratoria di incostituzionalità*, ed. Artetetra, 2015.

40. Nel panorama internazionale, la soluzione normativa intesa a *garantire* (sul piano giuridico) la protezione dell'anonimato della madre rappresenta una posizione decisamente minoritaria (essa è presente, sebbene con diversa regolamentazione, e talvolta con protezione limitata nel tempo, solo in pochi Stati, tra cui – in Europa – Francia, Lussemburgo, Slovacchia, Austria, Repubblica Ceca, Ucraina, Russia (dal 1° maggio 2014, anche in Germania è divenuto possibile partorire in anonimato (sotto falso nome convenzionale), con garanzia del segreto fino al 16° anno di età del figlio). Anche al di fuori del continente europeo l'anonimato del parto trova, talora, protezione giuridica (così avviene, ad es., tra l'altro, in Tunisia, Marocco, Algeria, nonché, secondo l'art. 22 l. adoz., nella Repubblica popolare cinese). Negli Stati Uniti, dopo il primo intervento normativo sul tema (da parte dello Stato del Texas, nel 1999, per il quale v., ora, la *Section 162, 0062, lett. d)* del *Family Code*), è ormai previsto in diverse decine di Stati (sulla base di singole disposizioni normative locali) che la madre possa affidare il figlio, in anonimato, anche a pubblici servizi di emergenza: in tema v. G. VITALE, *Anthropology of Childhood and Youth. International and Historical Perspectives*, Lanham, 2014, 11 s. Peraltro, la *disclosure of information* relativa all'adozione (diversamente regolata, naturalmente, secondo che si tratti di *nonidentifying information* o *identifying information*) è generalmente ammessa ove consti il consenso del genitore biologico (ma talora si richiede anche un *court order*, come, ad es., in New Jersey e in Columbia): per una informazione particolarmente dettagliata – con informazioni di sintesi relative a ciascuno Stato – si può utilmente consultare il documento reperibile all'indirizzo <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/infoaccessap.pdf#page=2&view=Identifying%20information>. Una diffusa regolamentazione dell'accesso alle informazioni relative all'adozione (*Division 13, Part 2, Ch. 7-disclosure of Information*), comprese quelle relative all'identità dei genitori biologici (accessibili, queste, solo previo consenso degli interessati, su istanza dell'adottato che abbia compiuto 21 anni), è dettata nel *California Family Code*, §§ p. 9200 ss., il quale prevede anche che un organismo appositamente istituito provveda a organizzare il possibile “contatto” dell'adottato con i genitori biologici o con altri familiari (in particolare, fratelli). Al di là della possibile regolamentazione normativa (assai di recente ribadita, nel senso del diritto di accesso alle informazioni, anche dal c.c. argentino del 2014, art. 596), comunque, in moltissimi Paesi – in ragione della preoccupante consistenza del tristissimo fenomeno dell'abbandono per strada di neonati non voluti – si è diffusa la tendenza, in fatto, a organizzare (sull'esempio delle medioevali “ruote degli esposti”: su cui v., per tutti, P. GIORDANO, *La Rota degli esposti*, Napoli, 2004) sistemi intesi ad evitare l'abbandono indiscriminato di figli non desiderati, attraverso la creazione di cc.dd. “*culle per la vita*” (variamente denominate nei diversi Paesi: “*babykelappe*” in Germania; “*babyfenster*” in Svizzera; “*babybox*” nella Repubblica Ceca; “*Oknozycia*” in Polonia, “*akachanposuto*” in Giappone, etc.), le quali, peraltro, se da un lato, meritoriamente, consentono di sottrarre a morte (nella più gran parte dei casi) quasi certa neonati abbandonati, per altro verso favoriscono, evidentemente, la *definitiva compromissione* della possibilità di una successiva ricerca delle proprie origini per il soggetto abbandonato (tanto da avere persino sollevato riserve sulla loro legittimità, come indirettamente risulta, ad es., dalla seria “preoccupazione” espressa dal CRC ONU (*Committee on The Rights of the Child*) in sede di rapporto CRC/C/CZE/CO/3-4 del 4 agosto 2011, (cfr. punti 49 e 50) sul c.d. programma “*Babybox*” della Repubblica Ceca, ritenuto in contrasto con gli artt. 6, 7, 8, 9 e 19 della Conv. New York sui diritti del fanciullo (il rapporto è reperibile *on line* digitando (ad es. con *google*) CRC/C/CZE/CO/3-4). Per alcune rilevanti considerazioni sul tema v., di recente, (per la Svizzera) il “*Rapporto del Consiglio federale in adempimento del postulato Maury Pasquier (13.4189)*”, del 12 ottobre 2016, che si può leggere direttamente *on line* all'indirizzo internet <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-10-12/ber-br-i>.

2000 (recante il *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*), a norma del quale «la dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata»⁴¹.

Peraltro, fino alla novella (del testo dell'art. 28 l. adoz.) del 2001⁴², la possibilità (per la madre) di partorire in anonimato⁴³ non era destinata a comportare particolari riflessi sul problema dell'accesso alle informazioni identitarie da parte dell'adottato, dal momento che – più radicalmente – si negava a quest'ultimo, in termini generali (v. *supra*, in fine del § che precede) un diritto di ottenere informazioni relative alla propria vicenda adottiva (si che – almeno secondo una diffusa opinione – la stessa presenza delle indicazioni geni-

pdf (dal citato documento – p. 13 – si apprende che «a febbraio 2015 il Comitato ONU per i diritti del fanciullo ha raccomandato alla Svizzera di vietare gli sportelli per neonati, adducendo che tale strumento viola l'articolo 6 (diritto inerente alla vita e alla sopravvivenza), l'articolo 9 (diritto a conoscere l'identità dei propri genitori) e l'articolo 19 (tutela contro ogni forma di violenza) della Convenzione sui diritti del fanciullo e propone di incentivare soluzioni alternative»). Ampia informazione di diritto comparato è disponibile nel volume (edito su impulso del Ministero del Lavoro spagnolo) curato da L. G. VILLALUENGA-M.L. de LA FUENTE, *Elderecho del adoptado a conocersuorigenes en España y en elDerechocomparado*, Madrid, 2006, p. 21 ss.

41. Sui problemi applicativi sollevati dalla richiamata disposizione (in particolare, avuto specialmente riguardo alla madre – coniugata – di figlio nato fuori dal matrimonio e alla madre – coniugata – di figlio nato nel matrimonio) v., per tutti (anche per ulteriori riferimenti), M. FACCIOLI, *sub art. 30 d.p.r. 3 novembre 2000*, n. 396, in A. Zaccaria (a cura di), *Comm. breve al diritto della famiglia*, cit., p. 1955 s.; M. G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, cit., p. 43 ss. Da segnalare, comunque, che il secondo comma del cit. art. 30 d.p.r. 396/00 prevede che – ai fini della formazione dell'atto di nascita – la dichiarazione di nascita (alla quale, unicamente, si riferisce, nel 1° comma, la necessità che sia rispettata l'eventuale volontà della madre di non essere nominata) sia accompagnata da una *attestazione di avvenuta nascita* (rilasciata dal personale sanitario intervenuto al parto, salvo che la puerpera non sia stata assistita da alcun sanitario: nel qual caso v. il comma 3 del cit. art. 30), la quale deve contenere (tra l'altro) «le generalità della puerpera» (tale attestazione, inoltre, giusta art. 93 D. Lgs. n. 196 del 2003, sostituisce – ai fini della dichiarazione di nascita – il certificato di assistenza al parto di cui al d.m. 16 luglio 2001, n. 349). Nonostante la (non equivoca) lettera della legge – «ai fini della formazione dell'atto di nascita, la dichiarazione resa all'ufficiale dello stato civile è corredata da una attestazione di avvenuta nascita contenente le *generalità della puerpera* nonché le indicazioni del comune, ospedale, casa di cura o altro luogo ove è avvenuta la nascita, del giorno e dell'ora della nascita e del sesso del bambino» – non manca chi ritiene che l'attestazione di nascita *non debba riportare* le generalità della madre che richiede di non essere nominata nell'atto di nascita (cfr. B. CHECCHINI, *Anonimato materno*, cit., p. 716; L. LENTI, *Adozione e segreti*, cit., p. 238; S. TROLANO, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il "dilemma" del diritto della donna partoriente all'anonimato*, in AA. VV., *Liber amicorum per Dieter-Henrich. Parte generale e persone*, I, Torino 2012, p. 178, nt. 17); sembra tuttavia da preferire la soluzione – confermata dalla Circ. Min. Giustizia 22 febbraio 1999, n. 1/150 – secondo la quale i predetti dati *devono essere contenuti* nell'attestazione di nascita, pur non dovendo essere menzionati nell'atto di nascita (d'altra parte, la volontà della madre di non essere nominata non impedisce – il che è pacifico – che le sue generalità siano riportate, come doveroso, in cartella clinica): favorevole, in dottrina, A. RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, p. 150, nt. 79.

42. Si fa riferimento, naturalmente, alla L. 28 marzo 2001, n. 149 (e, in particolare, alle modifiche – su cui *infra*, § 4 – introdotte dall'art. 24 del predetto testo normativo).

43. Nel senso appena precisato, cioè con esternazione della volontà (avuto riguardo alla madre) di non voler essere nominata nella dichiarazione di nascita, rimanendo – perciò (in essa) – anonima.

toriali nella dichiarazione di nascita era destinata a rimanere inaccessibile all'adottato che pure ne avesse fatto richiesta)⁴⁴.

4. (Segue) L'accesso dell'adottato alle informazioni identitarie (in caso di parto anonimo): la prima novella dell'art. 28 l. adoz.

Una diversa consistenza ha assunto la problematica del parto in anonimato già a seguito della (prima) revisione del testo dell'art. 28 l. adoz., operata dall'art. 24 L. n. 149 del 2001.

Con tale importante novella dell'art. 28 l. adoz., infatti, mentre – per un verso – è stata ribaltata la precedente impostazione positiva⁴⁵ in ordine alla *segretezza* della vicenda adottiva⁴⁶, al contempo si è introdotta, però, una significativa limitazione al diritto dell'adot-

44. Su tale problematica, peraltro, poteva esercitare qualche incidenza quanto dettato dall'art. 21 del D.P.R. 30 settembre 1963, n. 1409 (e, poi, dagli artt. 107 e 108 D. Lgs. n. 490 del 1999), relativamente a dati (come, per es. quelli contenuti nella documentazione di assistenza al parto) recati da documenti conservati negli archivi di Stato, i quali, se «relativi a situazioni puramente private di persone», risultavano comunque consultabili dopo 70 anni dalla loro formazione (e v., infatti, per l'accenno a tale questione, TAR Marche (Ancona), 7 marzo 2002, n. 215, in *Foro amm.* TAR, 2002, 889). Per una siffatta regolamentazione v., ora, l'art. 122, comma 1, lett. b), D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

45. Giova rammentare, tra l'altro, che risale a quel periodo anche una importante *Raccomandazione* dell'Assemblea del Consiglio d'Europa (n. 1443, del 26 gennaio 2000,) la quale – pur avendo un valore meramente (e soltanto) esortativo – espressamente formulava l'invito agli Stati di «assicurare il diritto dei bambini adottati a sapere delle proprie origini al più tardi entro il raggiungimento della maggiore età ed eliminare dalla legislazione nazionale ogni clausola contraria».

46. L'art. 28 l. adoz., come novellato dalla L. n. 149 del 2001, disponeva: «1. Il minore adottato è informato di tale sua condizione ed i genitori adottivi vi provvedono nei modi e termini che essi ritengono più opportuni. 2. Qualunque attestazione di stato civile riferita all'adottato deve essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla maternità del minore e dell'annotazione di cui all'articolo 26, comma 4. 3. L'ufficiale di stato civile, l'ufficiale di anagrafe e qualsiasi altro ente pubblico o privato, autorità o pubblico ufficio debbono rifiutarsi di fornire notizie, informazioni, certificazioni, estratti o copie dai quali possa comunque risultare il rapporto di adozione, salvo autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria. Non è necessaria l'autorizzazione qualora la richiesta provenga dall'ufficiale di stato civile, per verificare se sussistano impedimenti matrimoniali. 4. Le informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici possono essere fornite ai genitori adottivi, quali esercenti la potestà dei genitori, su autorizzazione del tribunale per i minorenni, solo se sussistono gravi e comprovati motivi. Il tribunale accerta che l'informazione sia preceduta e accompagnata da adeguata preparazione e assistenza del minore. Le informazioni possono essere fornite anche al responsabile di una struttura ospedaliera o di un presidio sanitario, ove ricorrano i presupposti della necessità e della urgenza e vi sia grave pericolo per la salute del minore. 5. L'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica. L'istanza deve essere presentata al tribunale per i minorenni del luogo di residenza. 6. Il tribunale per i minorenni procede all'audizione delle persone di cui ritenga opportuno l'ascolto; assume tutte le informazioni di carattere sociale e psicologico, al fine di valutare che l'accesso alle notizie di cui al comma 5 non comporti grave turbamento all'equilibrio psico-fisico del richiedente. Definita l'istruttoria, il tribunale per i minorenni autorizza con decreto l'accesso alle notizie richieste. 7. L'accesso alle informazioni non è consentito se l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale e qualora anche uno solo dei genitori biologici abbia

tato di ottenere informazioni, precisando non essere consentito l'accesso «se l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale e qualora anche uno solo dei genitori biologici abbia dichiarato di non voler essere nominato, o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo»⁴⁷.

La prima versione novellata dell'art. 28 l. adoz., peraltro, costituiva disposizione non del tutto perspicua⁴⁸, la quale – come è stato opportunamente evidenziato – dava «luogo a difficoltà interpretative non sormontabili»⁴⁹: nondimeno, essa segnalava comunque una dichiarata volontà legislativa di riconoscere all'adottato il diritto di accedere alle informazioni riguardanti la propria origine (comprese quelle relative alla identità dei genitori biologici), seppure con alcune limitazioni dipendenti dalla volontà genitoriale.

La predetta innovazione, tuttavia, non alterava il principio (del resto, ancora oggi conservato, nel testo attualmente vigente) della generale segretezza dell'adozione rispetto ai terzi⁵⁰, limitando la possibilità di accesso alle informazioni solo ad *alcuni soggetti* determinati⁵¹ (tra i quali – appunto (e sia pure con modalità diversificate) – anche lo stesso adottato).

Per quanto qui di interesse, comunque, la revisione dell'art. 28 l. adoz. operata nel 2001 ha finalmente introdotto *espressamente* – per la prima volta sul piano del diritto posi-

dichiarato di non voler essere nominato, o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo. 8. Fatto salvo quanto previsto dai commi precedenti, l'autorizzazione non è richiesta per l'adottato maggiore di età quando i genitori adottivi sono deceduti o divenuti irreperibili».

47. In proposito, disposizioni di qualche rilievo si trovano anche nell'allegato al d.m. (Sanità) n. 349 del 16 luglio 2001 (dettante disposizioni relative al certificato di assistenza al parto), ove si prevede che «in caso di donna che vuole partorire in anonimato (figlio non riconosciuto o di filiazione ignota)» sarà indicato il codice 999 con specificazione che si tratta di “donna che non vuole essere nominata” (in ogni caso, però, statuendo anche che sarà «comunque assicurato un raccordo tra il certificato di assistenza al parto privo dei dati idonei ad identificare la donna che non consente di essere nominata con la cartella clinica custodita presso il luogo dove è avvenuto il parto»).

48. Per una severa critica v., ad es., L. LENTI, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini*, in *Minorigiustizia*, 2003, p. 144 ss.

49. Virgolettato di L. FADIGA, *L'adozione legittimante*, cit., p. 945, il quale sottolinea che la citata previsione affiancava al «diritto di partorire in anonimato due ipotesi del tutto fuori dalla disciplina normativa vigente: quella in cui anche uno solo dei genitori biologici avesse dichiarato di non voler essere nominato; e quella in cui egli avesse manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo», senza tenere in alcun conto che non è prevista, in senso stretto, un'adozione legittimante consensuale, e nemmeno una dichiarazione del padre biologico di non voler essere nominato.

50. Il secondo e il terzo comma dell'art. 28 l. adoz., anche nel testo oggi vigente, sono sostanzialmente corrispondenti, infatti (pur se con qualche differenza di dettaglio), all'originario contenuto dell'articolo 28, quale recato dalla versione approvata nel 1983. In proposito v., ad es., R. PANE, *Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini*, in G. Chiappetta (a cura di), *Lo stato unico di figlio. Atti del convegno SISDIC- Sede della Calabria* (Cosenza, 29 novembre 2013), Napoli, 2014, p. 89.

51. Ha ritenuto Trib. Min. Torino, (decr.) 1 luglio 2004 (in *Fam. min.*, 2006, 97) doversi rigettare l'istanza del “nonno biologico” diretta a devolvere una somma in favore del nipote (da altri) adottato, perché non potrebbe farsi luogo alla donazione se non rivelando, in violazione delle norme che impongono la segretezza dell'adozione, le attuali generalità del minore.

tivo interno⁵² – il diritto della persona adottata di acquisire informazioni⁵³ concernenti le proprie origini e, segnatamente, anche l'identità dei genitori biologici⁵⁴.

5. (Segue) La modifica successiva e gli orientamenti giurisprudenziali conseguenti.

Appena qualche anno dopo la “rivoluzionaria” presa di posizione espressa dalla L. n. 149/2001, peraltro, il legislatore italiano⁵⁵ – ritornando sul tema dell'accesso alle informazioni identitarie da parte dell'adottato – provvedeva a riformularne i limiti (proprio con riguardo al caso di parto anonimo, modificando il comma 7 dell'art. 28 l. adoz. come segue: «l'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396»⁵⁶.

52. In effetti, un diritto di accesso (peraltro assai limitato, in quanto ristretto alle sole informazioni «che hanno rilevanza per lo stato di salute dell'adottato») ad informazioni non identificative era stato già formalizzato, (solo) in tema di adozioni internazionali, con la modifica dell'art. 37 l. adoz. (ad opera della L. n. 476 del 1998), il cui ultimo comma, però, rinviando (per tutte le altre informazioni) alle «disposizioni vigenti in tema di adozione di minori italiani», non comportava, con specifico riguardo alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici (delle quali pure si disponeva, peraltro, l'archiviazione presso la Commissione per le adozioni internazionali), una disciplina sostanzialmente diversa da quella all'epoca dettata dall'art. 28 l. adoz.

53. Per una puntuale ricognizione delle tappe che hanno segnato la progressiva valorizzazione del *favor veritatis* in materia adottiva v. G. CHIAPPETTA, *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le corti*, cit., p. 352 ss.

54. È il caso di evidenziare che l'art. 28 l. adoz. restringe l'area delle informazioni accessibili (oltre, naturalmente, che alla preliminare informazione della condizione adottiva, senz'altro dovuta in ogni caso, ai sensi del comma 1) a quelle relative all'“origine” dell'adottato e alla “identità dei propri genitori biologici”; la disposizione richiamata – che, tra l'altro, prescrive specifiche cautele procedurali (in questa sede trascurabili, e su cui v., per tutti, I. LOMBARDINI, *sub art. 28 in A. Zaccaria (a cura di), Comm. breve al diritto della famiglia*, cit., p. 1643 ss.) per l'acquisizione delle informazioni accessibili – non si occupa, invece, di altre possibili informazioni: risulta pertanto controversa l'accessibilità a notizie ulteriori (per es., riguardanti l'identità di altri parenti e, soprattutto, di fratelli e sorelle), rispetto alle quali si registrano orientamenti contrastanti (in senso favorevole all'acquisizione di informazioni relative alla identità dei fratelli di sangue v., ad es., Trib. Min. Perugia, 27 febbraio 2001, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 627; App. Torino, sez. min., 29 aprile 2004, in *Giur. merito*, 2005, p. 585; App. Catania, sez. min., 21 novembre 2006, in *Fam. min.*, 2007, p. 71; in senso contrario Trib. Min. L'Aquila, (decr.) 17 gennaio 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 733. Sul tema v., anche per altre considerazioni, A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni* (cont. da P. Schlesinger), Milano, 2007, p. 167 ss.; nonché, per una diffusa analisi del valore sociale e psicologico della “fratellanza”, L. PARADISO, *Fratelli in adozione e affidamento. Il diritto alla fratellanza e la continuità degli affetti nella relazione fraterna biologica e sociale*, Milano, 2016).

55. Con l'art. 177, comma 2, del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice in materia di protezione dei dati personali).

56. È anche il caso di segnalare che la tutela dell'anonimato recata dal comma 7 dell'art. 28 l. adoz. lascia spazio a talune perplessità interpretative relativamente a ciò che è coperto dal divieto di accesso; in particolare, non è chiaro se sia da ammettere l'accesso (non identificativo della madre) al certificato di nascita: in senso affermativo v. App. Roma, (decr.), 15 novembre 2004, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 577 ss., muovendo dal rilievo che «altro è conoscere l'identità dei genitori naturali ed altro è conoscere le circostanze della propria nascita»; *contra*, invece, Trib. Min. L'Aquila, (decr.), 3 dicembre 2007, *ivi*, 2008, p. 712 ss., sulla base della considerazione che «il divieto deve ritenersi esteso a tutti i dati che possano portare, con una certa prevedibilità, all'individuazione della madre o ad agevolarne la ricerca».

Nel regolare (nuovamente) la materia, il legislatore ometteva però di considerare⁵⁷ le indicazioni provenienti dalla regolamentazione sovranazionale⁵⁸, soprattutto avuto riguardo a quanto disposto dall'art. 8 della Conv. europea dir. uomo (CEDU) che – nel dettare l'obbligo, per gli Stati aderenti, di garantire il “rispetto della vita privata e familiare” – fonderebbe anche (secondo l'interpretazione data alla disposizione⁵⁹ da parte della Corte EDU⁶⁰) un *diritto a conoscere le proprie origini* (o, almeno, ad acquisire informazioni ad esse relative): in particolare, infatti, proprio con riferimento ad una situazione analoga a quella oggetto dell'intervento normativo di riforma, appena qualche mese prima della novella del 2003, la Corte EDU⁶¹ aveva ritenuto⁶² che un equo bilanciamento (reso possibile da un *certo margine di apprezzamento* rimesso agli Stati membri dalla Convenzione⁶³) tra il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini e quello della madre a rimanere anonima fosse da ricercare nella *reversibilità* (concretamente resa possibile dalla legislazione francese) del segreto derivante dalla scelta (operata dalla madre al momento del parto) dell'anonimato⁶⁴.

57. Nonostante l'intervenuta modifica, intanto, dell'art. 117 Cost., con conseguente obbligo, per il legislatore nazionale, di rispettare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

58. Come più sopra evidenziato (*infra*, al richiamo della nt. 33), l'art. 7 della Conv. di New York sui diritti del fanciullo contempla il diritto del minore a *conoscere l'identità* dei propri genitori; in relazione a ciò, già con Raccomandazione del 31 gennaio 2003 il CRC (*Committee on the Rights of the Child*), istituito ai sensi dell'art. 43 Conv., aveva sollecitato l'Italia a garantire il rispetto del diritto del minore a conoscere l'identità dei propri genitori, modificando in tal senso la propria legislazione.

59. Di rilievo, anteriormente alla decisione della Corte di Strasburgo del 2003 di cui subito nel testo, già Corte EDU, *Gaskin c. U.K.*, 7 luglio 1989; e Corte EDU, *Mikulic c. Croatia*, 7 febbraio 2002, entrambe in www.echr.coe.int/ echr (nella specie, nel primo caso la Corte censurava – sotto il profilo della violazione dell'art. 8 CEDU – la legislazione inglese per impedire ad un soggetto (rimasto orfano della madre ad un anno, e abbandonato dal padre, e quindi) affidato in età minore ai servizi di assistenza all'infanzia, di accedere al proprio fascicolo per trarne informazioni sulle condizioni in cui egli aveva vissuto e sugli abusi subiti da parte degli affidatari o di terzi; nel secondo, invece, la Corte EDU censurava la legislazione croata (che non obbligava il presunto padre naturale di una minore a sottoporsi all'esame del DNA disposto dal giudice in sede di accertamento della paternità) per aver lasciato la ricorrente in uno stato di incertezza riguardo alla sua identità personale per lungo tempo, in violazione dell'art. 8 CEDU).

60. Per una analitica considerazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia v. G. CHIAPPETTA, *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le corti*, Napoli, 2011, p. 11 ss.

61. Il riferimento è al c.d. *affaire Odièvre* (v. Corte EDU, *Odièvre c. Francia*, 13 febbraio 2003, che si può leggere, tra l'altro, in M. De Salvia-V. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, vol. III, Milano, 2007, 589 p. ss.). Su tale pronuncia v., *ex multis*: J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 293 ss.; A. RENDA, *La sentenza Odièvre contro Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*, in *Famiglia*, 2004, p. 1123 ss.

62. Peraltro, non senza contrasti al proprio interno, come chiaramente emerge dalle opinioni dissenzienti che accompagnano la richiamata decisione della Corte EDU.

63. Sui criteri dettati dalla Corte EDU per misurare il “margine di apprezzamento” statale v., diffusamente, G. CHIAPPETTA, *Famiglie e minori*, cit., p. 19 ss.

64. Com'è noto, la citata pronuncia della Corte di Strasburgo ha avuto occasione di affermare la conformità alla Conv. EDU della normativa francese in materia di accesso alle informazioni in caso di parto anonimo (per ogni riferimento a tale disciplina, e alla sua evoluzione dal 1783 sino alle modifiche da ultimo apportate agli

L'art. 28 comma 7, l. adoz., per contro, non contempla(va) alcuna reversibilità del segreto sull'identità della madre biologica rimasta (per sua scelta) anonima: il testo normativo appena richiamato, infatti⁶⁵, si limita(va) a disporre che, in tal caso – semplicemente – «l'accesso alle informazioni non è consentito», considerando così assolutamente definitiva la scelta operata dalla madre all'atto della nascita⁶⁶.

Una così rigida soluzione, naturalmente, non mancava di sollevare alcuni rilevanti interrogativi circa l'effettiva tollerabilità del sacrificio in tal modo imposto all'interesse dell'adottato (a ricostruire – attraverso l'acquisizione delle informazioni considerate – la

inizi del nuovo millennio, v., M. G. STANZIONE, *Filiazione, origini, identità*, in www.comparazionediritto.it, p. 24 ss., e v. pure S. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, cit., 445 ss.). In proposito, giova ricordare che il sistema normativo in questione, come da ultimo modificato, prevede la possibilità che il figlio adottivo si rivolga a un ente appositamente costituito allo scopo per verificare se la madre (che a suo tempo aveva deciso di partorire in anonimato) abbia, successivamente, revocato l'anonimato; o (almeno) affinché la stessa (qualora l'anonimato non sia già stato revocato) venga contattata, con l'adozione di tutte le esigenze di riservatezza necessarie, dall'ente predetto, al fine di interrogarla in ordine alla volontà di mantenere, o meno, la scelta di rimanere anonima (con la conseguenza che se viene confermata la scelta dell'anonimato, l'interessato non potrà definitivamente accedere alle informazioni identificative del genitore biologico).

65. Almeno, così come novellato dall'art. 177 *Cod. protezz. dati personali*.

66. Va anche segnalato, peraltro, che lo stesso *cod. protezz. dati personali*, regolando il problema dell'accesso alla cartella clinica o al certificato di assistenza al parto, stabilisce (art. 93, comma 2) che tali documenti, «ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui all'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, possono essere rilasciati in *copia integrale* a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi *cento anni* dalla formazione del documento» (e, dunque, dopo un periodo di tempo – un secolo – ragionevolmente sufficiente a far ritenere che (almeno la madre) non sia più in vita al momento dell'accesso). Lo stesso articolo (al comma 3) consente comunque l'accesso a *dati non identificativi*, nel rispetto di tutte le cautele necessarie ad evitare che possa essere accertata l'identità della madre («durante il periodo di cui al comma 2 la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta relativamente ai dati relativi alla madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, osservando le opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile»). La disposizione ricordata – sulla quale v., ad es., C.M. BIANCA, in C.M. Bianca-F.D. Busnelli (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, II, Padova 2007, p. 1392; G. CASIRAGHI, *Codice della Privacy, Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 aggiornato con le più recenti modifiche legislative*, Milano, I, 2004, p. 1309 ss. – non manca di porre, in linea teorica, qualche dubbio applicativo; in primo luogo, infatti (benché si tratti di ipotesi che – per ragioni legate alla durata ordinaria della vita umana – risulti più ipotetica che reale) ci si potrebbe domandare se, decorsi i cento anni, possa esservi efficacemente l'opposizione di una madre (ipoteticamente, ancora, del tutto eccezionalmente in vita) che volesse restare ancora anonima (o se, al contrario, tale diritto al segreto sia comunque destinato a “perdersi” col decorso di cento anni di tempo); altra questione – evidentemente correlata alla prima e, in realtà, legata alla dubbia *ratio legis* della disposizione (da ricercare nella supposizione che, decorsi cento anni, certamente l'interessata non sarà più in vita? Oppure nella considerazione che, sia o no in vita l'interessata, dopo un così lungo periodo di tempo comunque l'interesse al segreto non meriti più di essere salvaguardato?) – è quella se anche *prima* del decorso dei cento anni l'accesso sia egualmente possibile, ove l'interessata sia già deceduta (questione che, ove la *ratio legis* riposasse sulla prima delle due supposizioni appena richiamate (*i.e.*: dopo cento anni l'accesso è possibile perché, essendo ragionevolmente venuta meno l'interessata, non esiste più una effettiva ragione di tutela dell'anonimato), meriterebbe, probabilmente, una soluzione positiva (sebbene sia pure vero che, ove così fosse, sarebbe stato più semplice disporre la possibilità dell'accesso *dopo la morte* dell'interessata); sulla questione, comunque, v. anche oltre, § 8).

propria storia personale); in tale prospettiva si colloca, in particolare, il dubbio di legittimità costituzionale sollevato dal giudice minorile (con riferimento agli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione) rispetto alla disposizione sopra richiamata, «nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica»⁶⁷.

A questo interrogativo⁶⁸, peraltro, la Corte costituzionale avrebbe risposto – com'è noto – in termini negativi⁶⁹, rilevando che «la norma impugnata mira [...] a tutelare la gestante che – in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale – abbia deciso di non tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita: e in tal modo intende – da un lato – assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e – dall'altro – distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi»; e su questi presupposti è stato altresì sottolineato che «la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire – per proteggere tanto lei quanto il nascituro – sarebbe resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, *in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto*, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà».

Anche nella citata decisione della Consulta, dunque, come nelle determinazioni del legislatore⁷⁰, non sono state (allora) raccolte le sollecitazioni pur potenzialmente ricavabili dalla regolamentazione sovranazionale, giustificando, invece, la *definitività* del divieto di

67. Trib. min. Firenze, (ord.) 21 luglio 2004, in G.U. 1ª Serie spec., n. 3 de 19 gennaio 2005.

68. Che, nella specie, poneva all'attenzione proprio la questione della possibile *reversibilità* del segreto, considerando che il ricorrente aveva riferito di essere a conoscenza che la madre biologica aveva dichiarato, al momento del parto, di non voler essere nominata, deducendo – in relazione a ciò – l'esigenza di verificare se essa, a distanza di trentadue anni, non avesse intanto cambiato idea, domandando, conseguentemente, che la madre biologica fosse interpellata in proposito.

69. Il riferimento è a Corte cost., 16 novembre 2005, n. 425 (in *Fam. e dir.*, 2006, 129 ss., con nota di F. ERAMO, *Il diritto all'anonimato della madre partorienti*), sulla quale v., tra gli altri: A. O. COZZI, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4602 ss.; L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. inform.*, 2006, p. 107 ss.

70. È tuttavia il caso di segnalare che – come opportunamente evidenziato da E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost. nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *www.rivistaaii.it*, 2013, 5, nt. 13 – «solo nel 2007, con le note sentenze n. 348 e 349, il giudice costituzionale [...] ha aperto l'ordinamento interno al rispetto degli obblighi internazionali, così come previsto dall'art. 117, comma primo, Cost., ed, in particolare, di quelli provenienti dalla CEDU»; e che, inoltre, rispetto alla decisione della Consulta del 2005 rilevarebbe anche la circostanza che «il giudice *a quo* non aveva impugnato la disposizione per violazione indiretta dell'art. 117, primo comma, Cost.».

accesso alle informazioni identitarie rispetto alla madre rimasta volontariamente anonima con l'argomento (tra l'altro) della salvaguardia del superiore interesse alla vita⁷¹ – cioè, a venire ad esistenza (e in condizioni ottimali) – dello stesso soggetto non desiderato⁷².

6. La più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: il "caso Godelli".

L'approdo raggiunto dalla Corte costituzionale nel 2005 è da subito apparso non del tutto soddisfacente⁷³, specialmente in relazione agli orientamenti espressi, sulla medesima questione, dalla Corte EDU in relazione all'*affaire Odièvre* (di cui si è appena detto nel § che precede).

Non era quindi difficile immaginare che la Corte di Strasburgo avrebbe censurato – alla prima occasione utile – la soluzione positiva italiana (come conservata dalla Corte costituzionale).

Così, infatti, è stato.

71. In realtà, com'era stato evidenziato anche nella *dissenting opinion* di alcuni giudici della Corte EDU nel caso *Odièvre*, la convinzione che la tutela dell'anonimato valga effettivamente a prevenire ed evitare aborti illegali (o altre scelte irreparabili: abbandono incontrollato del neonato; infanticidio) – argomentazione tenuta presente dalla Corte EDU, punto 45 della decisione – non risulta asseverata da dati statistici attendibili (*sic* should be noted *batat present there is no reliable data to support the notion that there would be a risk of an increase in abortions, or even of cases of infanticide, if the system of anonymous births was abolished. In addition, that risk has to be assessed in the light of the situation obtaining in countries which do not operate a system of anonymous births*): così il punto 9 della *dissenting opinion*; è chiaro, tuttavia, che se la tutela normativa dell'anonimato materno effettivamente servisse a salvare anche una vita soltanto tra quella di neonati potenzialmente destinati all'abbandono, si tratterebbe di una scelta normativa astrattamente giustificabile, ancorché tale da sacrificare altri interessi personalissimi assai rilevanti (come quello alla ricostruzione della propria identità da parte del soggetto abbandonato): e in questa prospettiva, pur nell'assenza di dati statisticamente attendibili, la ragionevole verosimiglianza della supposizione posta a base dell'opzione legislativa potrebbe considerarsi ragione sufficiente a conservare – seppure con qualche correttivo (oltre, §§ 6, 7, 8 e 9) – la tutela dell'anonimato materno (si muovono, ora, in una analoga prospettiva di tutela dell'interesse alla vita del nascituro non desiderato quelle iniziative legislative intese a consentire l'adozione di un soggetto già soltanto concepito: cfr. il ddl n. 4215 dell'11 gennaio 2017 (che ricalca analogo ddl, n. 3306/2015, d'iniziativa dell'On. La Russa), presentato dai deputati Sberna e Gigli, recante *disposizioni in materia di adozione del concepito*).

72. È stato al riguardo affermato doversi dare «credito a chi per esperienza afferma che la maggior parte delle donne che, avendo deciso di abbandonare il proprio figlio si rivolge alle strutture ospedaliere, è completamente all'oscuro della normativa che regola la vicenda e viene piuttosto informata dei propri diritti dagli operatori dei Servizi Sociali ospedalieri immediatamente prima o, più frequentemente, per motivi oggettivi, solo dopo il parto. Dovendosi pertanto concludere che il tragico fenomeno degli abbandoni selvaggi è poco, o nulla, influenzato dalla legislazione più o meno tutelante l'anonimato» (così L. Trovato, Presidente Trib. Min. Catanzaro, in sede di audizione (presso la *Comm. Giustizia* del Senato, nel febbraio 2017) sul ddl 1978 e 1765 (di cui si dirà oltre, al § 9): cfr. p. 13 del *dossier* «contributi degli auditi», reperibile sul sito del Senato).

73. *Ex multis* v.: G. CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 544 ss.; F. ERAMO, *Il diritto all'anonimato della madre partorientente*, cit., p. 130; J. LONG, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, cit., p. 549 ss.; L. BALESTRA, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, cit., p. 167; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *sub art. 28 l. adoz.*, in L. Balestra (a cura di), *Della famiglia. Leggi collegate*, nel *Comm. al c.c. dir.* da E. Gabrielli, cit., p. 148.

Con una più recente pronuncia⁷⁴ (ormai notoriamente conosciuta, dal nome della ricorrente, come “*caso Godelli*”⁷⁵), la Corte EDU – considerato che il regime giuridico italiano sul punto «a differenza del sistema francese esaminato nella sentenza *Odièvre* [...] non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa» – ha infatti condannato l’Italia per violazione dell’art 8 della Conv. EDU, censurando la rigidità della normativa italiana in materia di accesso alle informazioni riguardanti l’identità della madre biologica optante per l’anonimato, in ragione della assoluta *irreversibilità del segreto* in tal modo imposto⁷⁶.

74. Corte EDU, 25 settembre 2012, ric. 33783/09 (*Godelli c. Italia*), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 103 ss., con nota di J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell’uomo censura l’Italia per la difesa a oltranza dell’anonimato del parto: una condanna annunciata*. La decisione ha formato oggetto di numerosissimi commenti, tra i quali si segnalano: M. CERASE, *Il parto in anonimato al vaglio della Corte europea dei diritti: una condanna davvero convincente?*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2012; C. INGENITO, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 1608 ss.; G. CURRÒ, *Diritto della madre all’anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento*, cit. 537 ss.; A. MARGARIA, *Parto anonimo e accesso alle origini: la Corte europea dei diritti dell’uomo condanna la legge italiana*, in *Minorigiustizia*, 2013, p. 340 ss.

75. In estrema sintesi, la vicenda riguardava una signora quasi settantenne (nata da madre che aveva chiesto di non essere nominata alla nascita), la quale, essendo stata data in affiliazione a una famiglia triestina, aveva appreso in giovanissima età della sua condizione e –successivamente– dell’esistenza di una sorella affiliata ad altra famiglia (con la quale le fu impedita, dalla propria e dall’altra famiglia, una frequentazione). Nel 2006 la signora, dopo avere inutilmente richiesto all’Ufficio di stato civile di Trieste informazioni in merito all’identità della propria madre biologica, aveva adito senza successo anche il Trib. min. della città friulana, trovando infine il rigetto delle proprie richieste anche in sede di appello. Adita quindi la Corte EDU – ma senza il preventivo ricorso per Cassazione (il che ha pure sollevato perplessità circa l’effettivo esaurimento dei mezzi di ricorso interno, nonostante la giustificazione fornita dai Giudici di Strasburgo in ragione della ritenuta sovrabbondanza del ricorso per cassazione: su tale profilo v. M. CERASE, *Il parto in anonimato*, cit., p. 2 s.) – si vedeva in quella sede riconosciuto il fondamento della propria pretesa, sulla base della considerazione che l’art. 8 della Convenzione EDU (pur mirando fondamentalmente a preservare l’individuo da ingerenze arbitrari dei pubblici poteri) non si limita a richiedere (agli Stati aderenti) mere astensioni da ingerenze pregiudizievoli alla vita privata dei consociati, imponendo, piuttosto, di adottare misure idonee ad assicurare tale rispetto anche nei rapporti tra individui. In questo contesto, il margine di apprezzamento rimesso agli Stati troverebbe un limite nella necessità di una equa ponderazione tra gli interessi coinvolti (tutela della salute materna e del neonato durante la gravidanza ed il parto; prevenzione di aborti clandestini o abbandoni selvaggi, da un lato, e interesse del figlio a conoscere le proprie origini biologiche, dall’altro): equa ponderazione che la normativa italiana esaminata dalla Corte – dando assoluta prevalenza al diritto all’anonimato, senza consentire né la reversibilità dello stesso per volontà della madre appositamente interrogata, né di accedere alle *informazioni non identificative* (ma è quest’ultima, come da più parti osservato, affermazione non propriamente corretta: v., ad es. C. GRANELLI, *Il c.d. “parto anonimo” ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di “dialogo” fra Corti*, in *www.juscivile.it*, 2016, p. 566) – non assicurerebbe.

76. La decisione, peraltro, non è stata adottata all’unanimità, avendo fatto registrare, sul punto, l’opinione dissidente del Giudice A. Sajó, fondata sul rilievo che «la possibilità del parto anonimo, associata alle garanzie assolute dell’anonimato, ha senza dubbio contribuito a permettere la nascita della ricorrente, e per giunta la nascita in circostanze in cui erano stati eliminati i rischi per la sua salute e per quella di sua madre»; e che, conseguentemente, pur essendo «vero che non abbiamo a disposizione nessuno studio noto che dimostri che la garanzia dell’anonimato abbia fatto diminuire il numero di aborti, e non abbiamo neanche informazioni sul sen-

7. La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 28, comma 7, l. adoz. (e alcune considerazioni critiche).

È su queste premesse che, soltanto un anno dopo la pronuncia dei Giudici di Strasburgo, la Corte costituzionale – prontamente sollecitata dalla giurisprudenza minorile⁷⁷ – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della L. 4 maggio 1983, n. 184, come novellato dall'art. 177, comma 2, del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, «nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 [...] – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione»⁷⁸.

La richiamata decisione – accostabile, secondo un diffuso rilievo⁷⁹, al modello della sentenza *additiva di principio*⁸⁰ – si discosta dal ricordato precedente (*supra*, § 5) della Con-

so di sollievo che la garanzia dell'anonimato darebbe alle madri», nondimeno dovrebbe considerarsi che la tutela dell'anonimato non è misura arbitraria, e che «numeroso donne contano veramente sulle garanzie del sistema».

77. Trib. min. Catanzaro, (ord.) 13 dicembre 2012, in G.U., 1ª Serie spec., n. 11/2013, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, l. adoz. – nella misura in cui esclude la possibilità di interpellare la madre che ha espresso la volontà di rimanere anonima, per violazione degli artt. 2, 3, 32 e 117, comma 1, Cost. – osservando, tra l'altro che «da reversibilità del segreto introdotta dalla legislazione francese (che ha superato il vaglio della Corte di Strasburgo nel caso *Odièvre*), che presuppone l'intervento di un organo specializzato che con le opportune cautele verifica il consenso della madre ad uscire dall'anonimato, configura un arresto ben diverso dal semplice accesso alle informazioni non identificative (quando queste fossero disponibili)».

78. Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, che si può leggere *on line* in www.cortecostituzionale.it. Su tale decisione v., *ex pluribus*: A. RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un "nuovo" tipo di sentenze additive?*, in www.rivistaaic.it, 2015, p. 1 ss.; M. VELLETTI, *Diritto alle origini: prospettive di riforma dopo la sentenza della Corte Cost. 22 novembre 2013, n. 278*, cit., p. 60 ss.; V. MARCENÒ, *Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 285 ss.; V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 11 ss.; B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, cit., p. 709 ss.; E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost. nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, cit., p. 1 ss.

79. *EX MULTIS*: C. GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, cit., p. 570; E. MALFATTI, *L'interpretazione conforme nel "sequito" alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino, 2016, p. 1304; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, p. 127 s.; B. CHECCHINI, *Anonimato*, cit., p. 709; S. FAVALLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, cit., p. 1. In giurisprudenza v. la recentissima Cass., S.U., 25 gennaio 2017, n. 1946 (punto 8.1 della motivazione), che si può leggere *on line*, ad es., in www.federalismi.it.

80. Su tale tipologia di sentenze, e sui problemi ad esse relative v., diffusamente, G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996. V. inoltre: G. AZZARITI, *Appunti per le lezioni. Parlamento. Presidente della Repubblica. Corte costituzionale*, 3ª, Torino, 2017, p. 191 s.; G. SORRENTI, *Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, cit., p. 2285 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 5ª, Torino, 2014, p. 173 ss.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 12ª, riv. da G. Silvestri, Milano, 2010, 503; G. P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1411.

sulta del 2005, scegliendo però la via certamente meno comoda⁸¹ (e, anzi, per come subito si dirà, oggettivamente più impervia).

Il fulcro della decisione – secondo quanto è possibile evincere dalla motivazione della sentenza – risiede nella ritenuta *irragionevolezza* dell'*irreversibilità del segreto* conseguente alla scelta di anonimato operata dalla madre partoriente; irreversibilità che, tuttavia, la Corte sembra disegnare ben oltre i confini desumibili dal dettato normativo⁸²: secondo il *decisum* della Consulta, infatti, «una volta intervenuta la scelta per l'anonimato [...] la relativa manifestazione di volontà finirebbe per assumere connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad “*espropriare*” la persona titolare del diritto da *qualsiasi ulteriore opzione*, trasformandosi, in definitiva, quel *diritto* in una sorta di *vincolo* obbligatorio, che finisce per avere un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l'impedimento alla eventuale relativa rimozione proprio sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, *ab origine*, collegare il vincolo del segreto su chi lo abbia generato»⁸³.

81. Sarebbe stato certamente più semplice, per la Consulta, dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma esaminata per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in forza della pronuncia – di cui si è detto nel § che precede – della Corte EDU relativa al *caso Godelli* (anche perché, per tale via, sarebbe risultato assai meno problematico il “distacco” dal precedente del 2005, nel quale, come più sopra ricordato, non era neppure stata posta la questione della violazione dell'art. 117 Cost.); il Giudice costituzionale, invece, ha scelto la via della dichiarazione di illegittimità per violazione degli artt. 2 e 3 Cost., considerando assorbiti gli altri profili di censura (tra cui, appunto, quello relativo all'art. 117 Cost.). È possibile che si sia inteso in tal modo «sottolineare che non è necessario ricorrere a “tutele” esterne per garantire diritti che possono essere ricostruiti, “a tutto tondo”, già in forza delle norme costituzionali», senza però “lasciare” alla Corte EDU «e al testo che essa interpreta e applica, il ruolo di garante dei diritti» (così E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, cit., rispettivamente p. 6 e 7); resta il fatto, però, che la decisione – seppure ragionevolmente condivisibile nel risultato – non riesce in tal modo ad offrire argomenti davvero sufficienti a superare il *dictum* della precedente pronuncia del 2005 (dalla quale, nonostante le diverse argomentazioni formali, sembra in realtà prendere le distanze – per come subito si dirà – proprio in ragione del diverso orientamento intanto espresso dalla Corte europea).

82. Il quale, mentre, per un verso, si limita a disporre che sia “rispettata” la volontà della madre di non essere nominata all'atto della dichiarazione di nascita (art. 30 ord. St. civ.), per altro verso, vieta l'accesso ai dati identificativi *in presenza* di quella scelta (art. 28, comma 7, l. adoz.) e non consente, sempre *su questo presupposto*, l'accesso a documenti – cartella clinica, certificato di assistenza al parto o attestazione di nascita – attraverso i quali quella identificazione sarebbe resa possibile, se non (comunque) decorsi cento anni dalla nascita (art. 93 *Cod. protez. dati personali*).

83. In tal senso, testualmente, il punto 5 della motivazione di Corte Cost. n. 278/2013 (corsivi aggiunti), ove pure si puntualizza, altresì, che «una scelta per l'anonimato che comporti una rinuncia irreversibile alla “genitorialità giuridica” può, invece, ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla “genitorialità naturale”: ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost.». Conseguentemente, secondo la Corte, se pure «da scelta per l'anonimato legittimamente impedisce l'insorgenza di una “genitorialità giuridica”, con effetti inevitabilmente stabilizzati *pro futuro*, non appare» tuttavia «ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla “genitorialità naturale”: potendosi quella scelta riguardare, sul piano di quest'ultima, come opzione eventualmente revocabile (*in seguito alla iniziativa del figlio*), proprio perché corrispondente alle motivazioni per le quali essa è stata compiuta e può essere mantenuta» (così, ancora, il punto 5 della motivazione; corsivo aggiunto).

A questa stregua – se ben si comprende la lettura proposta dal Giudice costituzionale – non sarebbe possibile (restando perciò irrilevante) una (semplice e autonoma⁸⁴) *revoca* della scelta *già esercitata* dalla madre partoriente, con conseguente *definitiva cristallizzazione* dell'opzione (per l'anonimato) a suo tempo, *una tantum*, effettuata; che, tuttavia, una siffatta soluzione corrisponda effettivamente all'assetto ricavabile dal dettato normativo (considerato dalla Corte) potrebbe, a nostro giudizio, fondatamente dubitarsi. Invero, tanto la scelta dell'anonimato, quanto l'esigenza di riserbo successivamente fatta oggetto di tutela nel contesto della disciplina dettata a protezione dei dati personali dell'interessata, evidenziano interessi che – a ben considerare – sono indiscutibilmente *disponibili* ad opera della madre⁸⁵; che, dunque, una volontà della madre (autonomamente maturatasi e) diretta a *rimuovere* quel “vincolo”⁸⁶ di anonimato a suo tempo imposto (ai terzi) non fosse (possibile e dunque) rilevante già alla luce del dettato dell'art. 28 l. ado. – ovviamente, nella versione antecedente all'“addizione” operata dalla Corte – appare di assai dubbia plausibilità⁸⁷, per quanto non si

84. Indipendente, cioè, dall'interpello promosso dal figlio adottivo.

85. Evidente essendo che: a) quanto alla scelta dell'anonimato, la disponibilità di essa è *in re ipsa* (essendo intuitivamente manifestata dalla circostanza che è proprio e soltanto la madre a poter decidere *se* chiedere, o meno, di non essere nominata); e b) quanto all'esigenza di riservatezza, che la disponibilità dell'interesse protetto discende da una valutazione complessiva della disciplina dettata in materia di protezione dei dati personali, la quale ripetutamente assegna al *consenso* (e, dunque, più in generale, alla volontà) dell'interessato valore decisivo (anche) per l'accessibilità (a terzi) di informazioni costituenti dati personali (cfr. soprattutto, gli artt. 23, 26, 43, 81 D. lgs. n. 196/2003), peraltro assegnando all'interessato il potere di chiedere e ottenere l'aggiornamento, la rettificazione e l'integrazione delle informazioni che lo riguardano. A queste considerazioni non si potrebbe neppure opporre il rilievo che, secondo l'art. 28 l. ado., l'accesso dell'adottato alle informazioni è comunque subordinato – pur, secondo i casi, con molti profili di incertezza (che possono tuttavia considerarsi, qui, trascurabili ai fini delle presenti considerazioni) – ad autorizzazione giudiziale: è chiaro, infatti, che altro è la (semplice) *rimozione* del vincolo di segretezza; altro l'*effettiva informazione* dell'adottato in ordine alla relazione parentale biologica (informazione che, ovviamente, potrebbe senz'altro non seguire alla semplice rimozione del vincolo di anonimato).

86. Tale, in realtà, (soltanto) per i terzi, compreso il figlio dato alla luce; ma funzionale ad una scelta (quella – materna – di portare a termine la gravidanza in condizioni di sicurezza, desistendo da altre scelte drammatiche irreversibili) che non sembra capace di essere retrospettivamente compromessa dalla possibilità di un (successivo ed autonomo) ripensamento *materno* (altro discorso dovendosi fare invece, ovviamente, con riguardo alla eventualità – ove questa fosse ammissibile – che in un imprecisato futuro qualcuno (compreso il figlio dato alla luce) possa giuridicamente *pretendere* il disvelamento della relazione fino ad allora mantenuta segreta).

87. Si noti che, comunque, un superamento della scelta di anonimato è senz'altro possibile *all'interno del procedimento adottivo*, giusta art. 11 l. ado. (il quale consente a chi affermi di essere genitore biologico del minore abbandonato – compresa la madre che si sia avvalsa della facoltà di non essere nominata (per tutti v. L. FADIGA, *L'adozione legittimante*, cit., p. 897 ss., P. MOROZZO DELLA ROCCA, *sub art. 11 l. ado.*, in L. Balestra (a cura di), *Della famiglia. Leggi collegate*, cit., p. 92 ss.; Cass., 7 febbraio 2014, n. 2802, in www.DeJure.it) – di chiedere una sospensione provvisoria del procedimento, al fine di provvedere al riconoscimento (per una recente applicazione di tale previsione, con interpretazione ragionevolmente estensiva dell'art. 11 l. ado., v. Cass., 7 febbraio 2014, n. 2802, cit.). La disposizione richiamata prevede – è vero – che «interventiva la dichiarazione di adottabilità e l'affidamento preadottivo, il riconoscimento è privo di efficacia» (art. 11, comma 7), ma ci si potrebbe al riguardo domandare se l'intervenuto

possano trascurare i molteplici profili di problematicità indubbiamente connessi ad un ripensamento⁸⁸ siffatto⁸⁹.

Ad ogni modo, a seguito del pronunciamento reso dalla Consulta occorre prendere atto del (ritenuto) *vulnus* determinato dall'irreversibilità—così come intesa dalla Corte⁹⁰e che, a giudizio della stessa, si appalesa dunque in contrasto («per le ragioni anzidette»⁹¹) con gli artt. 2 e 3 Cost. —del segreto materno, che, coerentemente con le premesse dichiarate, è stato pertanto rimosso.

Nell'operare tale rimozione, peraltro, la Corte ha avuto cura di precisare che sarà tuttavia rimesso al legislatore di «introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso,

(e *come tale* inefficace) riconoscimento tardivo, pur non potendo assumere rilevanza agli effetti della instaurazione del rapporto genitoriale in senso *giuridico* (per utilizzare la terminologia impiegata da Corte Cost. n. 278/2013), non possa egualmente venire in rilievo sotto altri profili (per questa considerazione, sebbene ad altri effetti, v., anche per ulteriori riferimenti, E. DE ROMA-V. BARONCINI, *sub art.* 11 l. adoz., in A. Zaccaria (a cura di) *Comm. breve al dir. famiglia*, cit., p. 1597), tra cui, in particolare, anche quello del superamento dell'anonimato (*di fatto* cancellato dalla espressa *rivelazione* — pur trattandosi di dichiarazione altrimenti inefficace sotto il profilo tipicamente caratterizzante — dell'interessata; un cenno alla questione si trova nella dichiarazione di L. Trovato, Presidente Trib. Min. Catanzaro, in sede di audizione (presso la *Comm. Giustizia* del Senato, nel febbraio 2017) sul ddl 1978 e 1765 (di cui si dirà oltre, al § 9): cfr. p. 18 del *dossier* “contributi degli auditi”, reperibile sul sito del Senato. Nota, al riguardo, il magistrato che «non è chiaro se l'inefficacia del riconoscimento avvenuto dopo l'affidamento preadottivo osti alla sua annotazione sull'atto di nascita da parte dell'Ufficiale di stato civile, ovvero se il riconoscimento debba essere annotato ma rimanga senza effetti giuridici: comunque questo riconoscimento non può non essere interpretato come comunicazione della madre stessa della propria identità»).

88. Sul piano operativo, invero, non tarderebbero ad affacciarsi difficoltà certamente non trascurabili, tanto in ordine alle modalità *formali* della sua esternazione, che in relazione al destinatario deputato a raccogliere il “ripensamento” materno (il Trib. per i minorenni? L'Ufficiale di stato civile?) e alla sua rilevanza ove esso (comunque) altrimenti constasse. Nonostante ciò, come meglio si dirà a breve (*infra*, § 9), la soluzione che impone — ora — un *interpello* della madre (ad iniziativa del figlio adottivo) piuttosto che di lasciare spazio — dettandone, però, una regolamentazione — al semplice *pentimento successivo*, non manca di porre condizionamenti che, forse, potevano essere evitati.

89. La possibilità di un “ripensamento” successivo (alla scelta resa possibile dall'art. 30 ord. st. civile) riposa anche sul disposto dell'art. 5, comma 4, Conv. Strasburgo del 1967, a norma del quale «il consenso della madre all'adozione del figlio non potrà essere accettato che dopo la nascita di questi, allo spirare del termine prescritto dalla legge e che non dovrà essere inferiore a 6 settimane o, ove non sia specificato un termine, nel momento in cui, a giudizio dell'autorità competente, la madre si sarà sufficientemente ristabilita dalle conseguenze del parto»

90. Esprime dubbi sull'effettiva e definitiva irreversibilità della scelta della madre che abbia dichiarato, alla nascita, di non voler essere nominata C. GRANELLI, *Il c.d. “parto anonimo” ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini*, cit., p. 567.

91. Così, testualmente, la cit. Corte Cost. n. 278/2013, al punto 6 della motivazione, nel richiamarsi alle considerazioni fino a quel punto esposte. In realtà, però, le argomentazioni della Corte, mentre si preoccupano di spiegare — seppure in modo non particolarmente stringente — le ragioni del contrasto con l'art. 2 Cost., non sembrano altrettanto efficaci nel dare conto delle affermate ragioni di contrasto (più proclamate che argomentate) con l'art. 3 Cost. (piuttosto evocato dalla dichiarata *irragionevolezza* della scelta legislativa).

anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto»⁹²; per questa via, pertanto, l'art. 28 comma 7, l. adoz. è stato sì dichiarato incostituzionale – nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice, in tal senso richiesto dal figlio adottivo, di interpellare la madre che aveva scelto di rimanere anonima (al fine di verificarne l'eventuale perdurante volontà) – ma con la rilevante precisazione che le modalità dell'interpello dovranno essere definite secondo “un *procedimento stabilito dalla legge*, che assicuri la massima riservatezza” in ordine alla verifica da effettuare.

8. Problemi e orientamenti attuali in tema di accesso alle informazioni in caso di parto anonimo.

Il rinvio, da parte della Consulta, a un necessario – e ad oggi (a distanza di quasi quattro anni dall'intervento della Corte costituzionale) non ancora intervenuto⁹³ – provvedimento normativo, inteso a determinare le *modalità del procedimento di interpello*, assicurandone la massima riservatezza, non ha mancato di porre, come era prevedibile, assai rilevanti problemi applicativi⁹⁴.

92. In tal senso il punto 6 della motivazione.

93. Per l'analisi dei progetti di legge sul tema v. oltre, § 9.

94. Sul piano teorico si è anche prospettata, per la verità, una (davvero insolita) “nuova” tipologia di sentenza additiva di principio (da affiancare a quella – più collaudata, ancorché spesso censurata – delle cc.dd. sentenze-monito, di «incostituzionalità accertata, ma non dichiarata», per le quali v., per tutti, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 187 ss.), qualificata come sentenza di incostituzionalità «dichiarata ma non rimossa» (così, A. RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un “nuovo” tipo di sentenze additive?*, cit., *passim*, ma spec. p. 11 ss., il quale argomenta una siffatta prospettazione ragionando proprio su Corte Cost., n. 278 del 2013 (e su Corte Cost., n. 170/2014), nel senso che la Corte avrebbe sì dichiarato «la parziale incostituzionalità delle disposizioni impugnate, ma non sembrerebbe privare di efficacia alcuna norma da esse desumibile: nonostante le accertate e dichiarate illegittimità, non vi sarebbe alcun effetto reale sul piano del diritto oggettivo», traendone quindi la conclusione che (nel caso dell'art. 28, comma 7, l. adoz.) il *vulnus* recato alla Costituzione sarebbe stato sì “accertato ma, in effetti, non sanato” (*op. cit.*, p. 11). In questa prospettiva, si afferma pertanto, che «il giudice minorile, né prima della rimessione della questione, né dopo l'avvenuta declaratoria di illegittimità, potrà procedere a verificare la volontà della madre e perciò attuare il diritto dell'adottato a richiedere l'eventuale revoca di anonimato. Il diritto dell'adottato resta così, in attesa dell'*interpositio legislatoris*, precluso dall'ordinamento e da ciò si evince, per definizione, che *la norma implicitamente escludente l'interpello della madre naturale è ancora efficace*» (*op. cit.*, p. 11 ss.; corsivo aggiunto). Si tratta, tuttavia, come meglio si dirà nel seguito, di una prospettiva che non sembra possa essere condivisa. Invero, l'art. 136 Cost. è sufficientemente chiaro (per non dire, addirittura, lapidario) nel prescrivere che «quando la Corte *dichiara* l'illegittimità di una norma di legge o di atto avente forza di legge, *la norma cessa di avere efficacia* dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» (il che, per vero, è ben presente alla dottrina richiamata, la quale precisa apparire «superate, in buona sostanza, da tali sentenze, le prescrizioni dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30 l. n. 87/1953, le quali collegano alla declaratoria di incostituzionalità l'effetto della rimozione delle norme giudicate illegittime»: A. RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale*, cit. p. 11). Ne segue che, essendo in tal caso (non semplicemente accertata o rilevata, in motivazione, senza declaratoria in dispositivo, ma, ben oltre) *dichiarata* l'incostituzionalità della norma, non si vede in che modo potrebbe immaginarsi di superare la non equivoca volontà del Costituente, che considera *non più applicabile*, nell'ordinamento, la *norma* (così come) *dichiarata illegittima*. A ciò si aggiunga, d'altra parte, che è stata la stessa Corte Cost. n. 278 del 2013 (punto 6 della motivazione) ad avvertire che – nonostante il compito

In particolare, nelle prime applicazioni giurisprudenziali di merito successive all'intervento del Giudice delle leggi si è da subito evidenziato un contrasto tra l'orientamento incline a dare immediata applicazione al pronunciamento della Consulta e quello – diametralmente opposto – inteso a subordinare la possibilità effettiva dell'interpello al (non ancora intervenuto) provvedimento regolatore legislativo.

A tal proposito, al rilievo (formulato dai giudici minorili che hanno aderito all'orientamento da ultimo richiamato⁹⁵) secondo il quale la mancanza di una puntuale determinazione normativa delle modalità, condizioni e limiti dell'interpello – appartenente all'area della discrezionalità legislativa e non surrogabile attraverso un intervento di “supplenza giurisprudenziale”⁹⁶ – renderebbe allo stato inattuabile l'interpello della madre è stato opposto che, tuttavia, col ritenere impossibile (al momento) procedere alla verifica di una perdurante volontà di anonimato della madre si continuerebbe ad applicare una disposizione – l'art. 28, comma 7, come da ultimo novellato dall'art. 177 D. lgs. n. 196/2003 – ormai dichiarata incostituzionale⁹⁷, e per ciò stesso espunta (nel suo precetto originario) dall'ordinamento, laddove il giudice è soggetto alla legge così come essa risulta formulata anche per effetto di pronunce additive di illegittimità costituzionale ad essa relative⁹⁸.

In ragione della particolare rilevanza della questione (e della perdurante inerzia del legislatore), su tale profilo è infine intervenuta, assai di recente, anche la Suprema Corte a S.U.⁹⁹, la quale – dopo aver correttamente rilevato che la sentenza n. 278/2013 della Corte

demandato al legislatore di intervenire a dettare le modalità del procedimento di interpello necessarie a garantire l'indispensabile riservatezza del caso – la norma recante l'irreversibilità del segreto, «risultando [...] in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., *deve conseguentemente essere rimossa*».

95. Cfr., soprattutto, App. Milano, Sez. fam., (decr.) 10 marzo 2015 (in www.altalex.com), che rileva anche difficoltà di ordine processuale, considerando la piena attuazione del contraddittorio assicurata alle parti (anche) nei procedimenti in camera di consiglio, con il diritto di accedere liberamente a tutte le risultanze istruttorie, confliggerebbe con la necessità della massima riservatezza del procedimento di interpello; Trib. Min. Bologna, (decr.) 17 dicembre 2014, in www.ilmfamiliarista.it; Trib. min. Catania, (decr.) 18 luglio 2014; Trib. min. Bologna, (decr.) 4 dicembre 2014.

96. Hanno invece formulato una sorta di “decalogo” delle regole di procedura da seguire per l'interpello riservato della madre alcuni Uffici giudiziari: cfr., in particolare, Trib. min. Trieste, (decr.) 5 marzo 2015, in www.altalex.com; nonché, assai di recente, le *linee guida* (per la procedura di interpello della madre) adottate dal Trib. min. Bologna (con provvedimento a firma del Pres. G. Spadaro, del 5 aprile 2017, che si legge in www.personaedanno.it).

97. Cfr. App. Salerno, Sez. min., (decr.) 7 febbraio 2017, in www.quotidianogiuridico.it; App. Salerno, Sez. min., (decr.) 25 luglio 2016, in www.ilmfamiliarista.it; App. Catania, Sez. fam., (decr.) 13 gennaio 2016, in www.ilcaso.it; App. Catania, Sez. min., (decr.), 14 ottobre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, 930; Trib. min. Trieste (decr.) 5 marzo 2015, cit.; App. Catania, (decr.) 5 dicembre 2014, in *Foro it.*, 2015, I, 697; App. Catania, Sez. fam., (decr.) 12 novembre 2014, in www.biodiritto.org; Trib. min. Firenze, (ord.) 7 maggio 2014, in www.altalex.com.

98. In tal senso, espressamente, Cass. S.U., 25 gennaio 2017, n. 1946, cit., di cui subito nel testo.

99. Cass., S.U., 25 gennaio 2017, n. 1946, cit., il cui intervento è stato sollecitato dal Procuratore generale, ai sensi dell'art. 363, comma 1, c.p.c., ai fini dell'enunciazione, nell'interesse della legge, del principio di diritto al quale avrebbe dovuto attenersi il giudice del merito.

costituzionale è una pronuncia di accoglimento¹⁰⁰—ha opportunamente ritenuto che il giudice minorile non possa «negare *tout court* al figlio l’accesso alle informazioni sulle origini», perché «se lo facesse, senza avere previamente verificato, beninteso con le modalità più discrete e meno invasive possibili, la volontà della donna di mantenere l’anonimato, egli in realtà continuerebbe a dare applicazione al testo dell’art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 preesistente alla pronuncia della Corte costituzionale», il quale recava agli articoli 2 e 3 della Costituzione «un *vulnus* che la Corte costituzionale non si è limitata ad accertare, ma ha *sanato e rimosso*, introducendo in via di addizione il principio che il figlio possa chiedere al giudice di interpellare la madre ai fini della revoca della dichiarazione, a suo tempo fatta, di non volere essere menzionata come madre nell’atto di nascita»¹⁰¹.

Ne segue, secondo la Suprema Corte¹⁰², che per effetto della pronuncia d’incostituzionalità appena considerata disposizione dell’art. 28, comma 7, l. adoz. non è rimasta invariata, ma vive nell’ordinamento con l’aggiunta del principio ordinatore secondo il quale *il giudice minorile*¹⁰³ può senz’altro interpellare — su richiesta del figlio adottivo — la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini dell’eventuale revoca di tale dichiarazione¹⁰⁴.

100. Cfr. il punto 8 della motivazione: «la sentenza n. 278 del 2013 della Corte costituzionale è una pronuncia di accoglimento: non si tratta né di una sentenza di inammissibilità per discrezionalità del legislatore o per mancanza di “rime obbligate”, né di pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, ossia di una sentenza di inammissibilità o di rigetto accompagnata da un’esortazione o da un monito nei confronti del legislatore affinché provveda ad una congrua riforma della disciplina».

101. Punto 8.1 della motivazione. La Corte sottolinea, altresì (punto 10 della motivazione), che «il mancato sforzo ermeneutico diretto a cogliere nell’ordinamento, nell’attesa dell’intervento del legislatore, le condizioni di effettività e di operatività del principio formulato dalla sentenza additiva della Corte costituzionale determinerebbe anche un *deficit* di tutela riguardo ad un diritto fondamentale riconosciuto dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo, risolvendosi nel mantenimento di una situazione di violazione analoga a quella constatata dalla CEDU, situazione che invece il giudice nazionale deve prevenire».

102. La quale opportunamente richiama (punto 8.2 motivaz.), a tal proposito, l’orientamento della giurisprudenza costituzionale (sentenze nn. 295/1991 e 74/1996) secondo il quale «la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa — com’è quella ravvisata nell’ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idoneo ad assicurare l’effettività di questo — mentre lascia al legislatore, riconoscendone l’innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all’omissione in via di individuazione della regola del caso concreto».

103. Nel *decisum* della Corte costituzionale è chiaro (seppure implicito) il riferimento al giudice *minorile* per l’attivazione della procedura di interpello (dato che si censura l’art. 28 l. adoz. nella parte in cui non consente al giudice — *in tale articolo contemplato* (i.e.: il Tribunale per i minorenni) — di verificare, su richiesta del figlio adottivo, la perdurante volontà materna di anonimato). Da questo punto di vista, anche l’argomentazione — spesso presente negli orientamenti di merito contrari all’immediata applicazione del principio aggiunto dalla Consulta — di una possibile *discrezionalità legislativa* nell’individuazione dell’organo deputato alla procedura di interpello (che, ad es., nel sistema francese, spesso preso a modello, è un’Autorità diversa dall’organo giudiziario) appare non del tutto pertinente, poiché la disposizione normativa risultante dalla correzione apportata dalla Corte fa ora riferimento, appunto, al giudice minorile (salva, evidentemente, la possibilità di una diversa opzione legislativa).

104. Sotto questo profilo, la suprema Corte distingue (punto 8.1 motivaz.) un piano di “normazione primaria” — attinente al livello delle fonti del diritto e all’introduzione di una “disciplina generale”, al quale (soltanto)

La soluzione raggiunta sembra senz'altro da condividere¹⁰⁵.

Invero, come già più sopra anticipato (*infra*, nt. 94), la decisione assunta da Corte Cost. n. 278 del 2013 non consente di seguire a fare applicazione dell'art. 28, comma 7, l. adoz. – nel testo a suo tempo novellato dall'art. 177 *Cod. prot. dati personali* – perché così operando (pur se sotto l'argomento formale del colpevole ritardo del legislatore nel provvedere a dettare una regolamentazione positiva della questione) si porrebbe sostanzialmente nel nulla la dichiarazione di incostituzionalità intanto pronunciata dalla Consulta, con intollerabile violazione della regola fondamentale (art. 136 Cost.) in forza della quale è senz'altro impedita, dopo la pubblicazione di una sentenza dichiarativa della illegittimità costituzionale di una certa norma, l'ulteriore applicazione della regola dichiarata incostituzionale; l'inerzia del legislatore (ancorché, in ragione del prolungato ritardo, sommamente deprecabile) non impedisce, infatti, di considerare ormai priva di efficacia la disposizione che impediva *tout court* (nel caso di parto anonimo) l'accesso alle informazioni, essendo essa ora sostituita da quella (già oggi vigente) secondo la quale l'accesso non è consentito solo se, *a seguito di interpello della madre*, essa abbia *confermato* la volontà di rimanere anonima¹⁰⁶.

Resta, naturalmente, il problema delle *modalità* sotto le quali l'interpello deve aver luogo, che costituisce, appunto, il profilo demandato (per una determinazione generale ed astratta) all'intervento regolatore del legislatore.

Sotto questo versante, indubbiamente, la colpevole inerzia del legislatore rende oltremodo problematica l'applicazione della disciplina sull'accesso alle informazioni identi-

appartiene la riserva di competenza legislativa enunciata da Corte Cost. n. 278/2013 – da uno più strettamente operativo (riferibile al governo del caso singolo), lungo il quale il giudice minorile è chiamato «a individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema, di cui è parte anche il principio vincolante dichiarato dalla Corte costituzionale con la sentenza additiva, e così a ricercare, in chiave di effettività, nel momento applicativo, un punto di saldatura tra quel principio, i diritti dei soggetti coinvolti e le regole preesistenti».

105. Osserva, invece, che la decisione (in commento) della Consulta sembrerebbe «nulla aggiungere al tessuto legislativo esistente» B. CHECCHINI, *Anonimato materno*, cit., p. 724.

106. In altri termini, per effetto della pronuncia di incostituzionalità recata da Corte Cost. n. 278 del 2013, l'art. 28, comma 7, l. adoz. può (e, anzi, deve) oggi essere letto come se contenesse due diverse disposizioni: a) una, non bisognevole di ulteriori specificazioni, secondo la quale l'accesso alle informazioni identificative della madre biologica è – non più senz'altro (e senza eccezioni) vietato, ma anzi – *senz'altro consentito qualora essa revochi il segreto sulla propria identità*; b) l'altra – rimessa *per la definizione di una regolamentazione generale ed astratta delle modalità dell'interpello* all'intervento del legislatore – secondo la quale la verifica della perdurante volontà di anonimato, o meno, della madre deve essere compiuta dal giudice minorile, quando richiestone dal figlio adottivo, osservando tutte le cautele necessarie affinché l'interpello posto in essere risulti in concreto idoneo, per le modalità in fatto osservate, a proteggere la riservatezza della destinataria dell'interpello. Rispetto a questa seconda regola, però, la mancanza di una previsione *generale ed astratta* (previsione la cui concreta declinazione è, ovviamente, rimessa alla competenza legislativa) non impedisce al giudice minorile di dare corso alla prima, procedendo, nel caso singolo, ad un interpello che risulti *in concreto idoneo ad assicurare il fine* legislativamente enunciato (protezione della riservatezza materna) e già compiutamente descritto, dunque (benché senza definizione puntuale dei mezzi allo scopo necessari), dalla previsione normativa (art. 28, comma 7, l. adoz.), così come essa è ora stata integrata dalla correzione operata dalla Corte costituzionale.

cative della madre biologica rimasta anonima al momento del parto, così come riscritta per effetto dell'intervento additivo della Consulta: e tuttavia, la predetta incuria legislativa non può certo legittimare, *sine die*, la disapplicazione del principio di accessibilità alle informazioni previo positivo interpello della madre, quale conseguente alla pronuncia di incostituzionalità.

D'altra parte, pur con marginali differenze di dettaglio (comprensibilmente possibili in assenza di una regolamentazione uniforme), i *protocolli* e le *linee guida* attualmente in uso presso alcuni importanti Uffici giudiziari di merito¹⁰⁷ sembrano già idonei ad assicurare un'adeguata preservazione di quelle esigenze di riservatezza che la regolamentazione generale ed astratta rimessa alla competenza legislativa dovrà curare di realizzare; mentre già sin d'ora appare ragionevole inserire l'*iter* procedurale dell'interpello nella cornice del procedimento in camera di consiglio di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 28 l. adoz., seppure con i necessari adattamenti resi indispensabili dall'esigenza di «assicurare in termini rigorosi la riservatezza della madre» (adattamenti «che si impongono in virtù delle indicazioni contenute nel principio esplicitato dalla sentenza di illegittimità costituzionale»)¹⁰⁸.

Sotto altro profilo, poi (ma già a prescindere dall'intervento correttivo operato da Corte Cost. n. 278/2013), si delinea anche la necessità di stabilire se la scelta di non essere nominata a suo tempo espressa dalla madre – e, ora, la correlata verifica di una perdurante volontà di anonimato – sia sempre rilevante ai fini dell'accesso, o possano invece individuarsi situazioni nelle quali l'accesso alle informazioni sia senz'altro da consentire, indipendentemente dalle scelte a suo tempo espresse (e, ora, dalla possibilità di procedere a verifica della loro perdurante attualità).

Il problema si è posto, in particolare, con riguardo al caso della madre – che, ovviamente, si fosse avvalsa della facoltà di non essere nominata – la quale sia (già) deceduta al momento della richiesta di accesso avanzata dal figlio adottivo: in tale ipotesi, invero, ci si trova necessariamente¹⁰⁹ di fronte ad un caso in cui la volontà di rimanere anonima non solo non è mai stata successivamente smentita, ma neanche – evidentemente – potrebbe mai più esserlo, in ragione del sopravvenuto decesso dell'interessata.

107. Protocolli e linee guida (per alcuni dei quali v. ad es., *supra*, nt. 96) che sono espressamente richiamati, e analiticamente descritti, da Cass., S.U., 25 gennaio 2017, n. 1946, cit. (punto 11 della motivazione), la quale ritiene che essi abbiano consentito di declinare la normativa risultante dall'intervento del Giudice delle leggi «in direzioni pratiche dell'attività e del procedimento capaci di consentire che, nel terminale del momento applicativo, il contatto con la madre, rivolto a raccogliere un'insindacabile dichiarazione di volontà, avvenga con modalità non invasive e rispettose della sua dignità e, nello stesso tempo, cautelando in termini rigorosi il suo diritto alla riservatezza».

108. Virgolettato tratto da Cass., S.U. n. 1946 del 2017, punto 9 della motivazione, la quale richiama anche il parametro (benché assai elastico) delle «opportune cautele» di cui all'art. 93 *Cod. protezz. dati personali*.

109. Salvo, naturalmente, che fosse intanto intervenuta – pur con tutte le difficoltà connesse all'esternazione e all'accertamento di un siffatto ripensamento (di cui più sopra si è detto) – una revoca spontanea (ad opera della madre) della scelta di anonimato a suo tempo espressa.

Al riguardo, una rigorosa applicazione della regola risultante dal correttivo apportato da Corte Cost. n. 278/2013 dovrebbe impedire *definitivamente* l'accesso alle informazioni identificative del genitore biologico, perché non risulterebbe *mai più* acquisibile, in alcun modo, l'eventuale revoca dell'opzione di anonimato espressa dalla madre al tempo della nascita¹¹⁰.

L'opposta soluzione¹¹¹, d'altra parte, potrebbe in qualche misura sembrare in contrasto con quella esigenza di protezione e incoraggiamento di scelte di responsabilità della madre al momento del parto comunque riconosciuta rilevante¹¹², potendosi probabilmente ritenere che anche la possibilità di un libero accesso *post mortem* ai dati coperti da anonimato¹¹³ possa retrospettivamente scoraggiare quest'ultima dal portare a termine la gravidanza in condizioni di sicurezza (o, comunque, dall'astenersi dal compiere altre scelte drammatiche e irreparabili).

E tuttavia, mentre, per un verso, non va trascurato che un analogo rischio¹¹⁴ prospetta, allora, anche la soluzione normativa ormai conseguente all'intervento additivo della Consulta¹¹⁵, per altro verso va soprattutto evidenziato che in casi di tal genere già il sistema vigente¹¹⁶ sembrerebbe assicurare – seppure assai tardivamente – l'accesso alle informazioni,

110. Pur se, *in thesi*, la stessa fosse risultata realmente disponibile – in fatto – a disvelare la propria identità, ove tempestivamente interpellata (disponibilità *teorica* tuttavia destinata a rimanere per sempre non (più) accertabile).

111. *I.e.*: l'accessibilità diretta, e senza più limiti, ai dati identificativi richiesti.

112. Sia nella giurisprudenza della Corte EDU che (ai vari livelli) in quella domestica.

113. Oltre che (seppure, ragionevolmente, in misura diversa) «il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà», secondo quanto a suo tempo precisato da Corte Cost. n. 425 del 2005, cit., punto 4 del “considerato in diritto”.

114. Segnala il «timore, espresso da più parti, che la sola prospettiva di poter, un domani, essere “interpellata” in ordine alla propria volontà di continuar ad avvalersi dell'anonimato, possa indurre molte donne a ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza» C. GRANELLI, *Il c.d. “parto anonimo” ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini*, cit., p. 573.

115. Non è un caso che, in sede di *audizione* sui ddl (di cui al § che segue) attualmente in discussione in Parlamento (v. *supra*, nt. 72), l'ANFAA (*Associazione nazionale famiglie adottive e affidatarie*) abbia manifestato tutta la sua preoccupazione riguardo le annunciate proposte di modifica – che intendono formalizzare normativamente (peraltro con soluzione che, come di seguito si dirà, al § 9, non appare irragionevole) l'interpello introdotto dalla Consulta – adducendo proprio il rischio segnalato nel testo, asseverandolo con la produzione (naturalmente, in forma anonima) di lettere pervenute presso l'associazione da parte di diverse madri rimaste “anonime”, assolutamente angosciate dalla possibile modifica normativa. Nella stessa direzione, del resto, muove la preoccupazione espressa da una nota studiosa di sociologia della famiglia, la quale – avuto riguardo alla possibilità di interpello della madre “anonima”, ormai introdotta nell'ordinamento – non ha mancato di evidenziare non essere necessaria «molta fantasia per immaginare lo scompiglio che può provocare nella famiglia di questa donna l'arrivo di una lettera del Tribunale dei minori o la visita di una assistente sociale. Non sono cose che capitano normalmente a tutti. Come potrà giustificarla al suo eventuale marito o compagno, ai suoi eventuali figli, al suo intorno sociale? E come sarà garantita la riservatezza nella lunga catena comunicativa dal Tribunale fino all'assistente sociale?» (il riferimento è all'intervento di Chiara Saraceno apparso sul quotidiano “la Repubblica” del 2 dicembre 2014, p. 31).

116. Sulle proposte di modifica v. oltre, § 9.

dato che l'art. 93, comma 2, D. Lgs. n. 196 del 2003 consente senz'altro il rilascio integrale di quei documenti sanitari (cartella clinica, attestazione di avvenuta nascita o, secondo i casi, certificato di assistenza al parto) che possono contenere i dati identificativi richiesti, benché soltanto una volta decorsi *cento anni* dalla nascita¹¹⁷.

Per queste ragioni sembra allora da condividere la soluzione giurisprudenziale recentemente formatasi – e già in via di consolidamento¹¹⁸ – presso il giudice di legittimità,

117. Il che – come si è più sopra avvertito, *infra*, nt. 66 (e per quanto si tratti di ipotesi sommamente improbabile a verificarsi in fatto, se si considera che la donna più vecchia del mondo, secondo quanto si apprende in rete (www.agi.it), si è spenta qualche tempo fa all'età di 117 anni (benché gli ultracentenari in Italia raggiungano, sembra (cfr. www.redattoresociale.it), circa le 19.000 unità – non manca di porre già oggi il problema se la disposizione richiamata nel testo sia idonea a consentire senz'altro l'accesso ai dati identificativi della donna che avesse scelto di rimanere anonima, ancorché questa sia eccezionalmente in vita (perché ultracentenaria) al momento della richiesta di accesso; e una risposta affermativa al quesito appare, verosimilmente, quella più rispondente al dettato legislativo (che mostra, perciò, di dare protezione all'esigenza di riservatezza non oltre un tempo (seppure notevolmente lungo) determinato). Se così è, tuttavia, deve anche prendersi atto che dal sistema normativo vigente – altro è, naturalmente, interrogarsi sulla ragionevolezza della previsione, che tuttavia non appare da escludere – emerge con sufficiente chiarezza che la protezione dell'anonimato *non è destinata a resistere in eterno*, per cui la preoccupazione che il futuro disvelamento dell'identità del genitore biologico possa incidere, retrospettivamente, sulle scelte della donna partorienti appare in certa misura già ponderata dal legislatore, avendone determinato una soluzione che tenta di contemperare (differendo nel tempo l'accesso) gli interessi (all'anonimato e alla verità) in conflitto.

118. Si sono espressamente pronunciate in modo favorevole riguardo la possibilità di accedere senz'altro alle informazioni identificative nel caso di morte (già sopravvenuta) della madre biologica che aveva scelto di rimanere anonima: Cass., 21 luglio 2016, n. 15024 (che si legge *on line*, ad es. in www.neldiritto.it), secondo la quale non può considerarsi operativo oltre il limite della vita della madre che ha partorito in anonimo il termine di cento anni dalla formazione del documento – neanche in caso di rinnovato dissenso della donna al disvelamento *post mortem* (così il punto 22 della motivazione) – in quanto ciò determinerebbe la definitiva *crystallizzazione* di quella scelta, anche dopo la sua morte; e la perdita insuperabile del diritto fondamentale del figlio ad essere informato, in contrasto con la (ormai) necessaria (possibilità della) reversibilità del segreto (di contro all'affievolimento, se non alla scomparsa, di quelle ragioni di protezione che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela per tutto il corso della vita della madre, proprio in ragione della revocabilità di tale scelta); nonché Cass., 9 novembre 2016, n. 22838 (consultabile in rete in inx.camereminorili.it), la quale – nel ribadire l'orientamento già espresso da Cass. 15024 del 2016, estendendolo anche al caso di semplice *irreperibilità* della madre con conseguente impossibilità dell'interpello (cfr. il punto 5.3 della motivazione) – ha peraltro precisato che «così come l'interpello della madre naturale in vita deve avvenire in modo da cautelare in termini rigorosi il diritto all'anonimato», analogamente deve ritenersi che l'accesso alla medesima informazione dopo la sua morte debba essere circondata da similari «cautele e l'utilizzo dell'informazione non possa eccedere la finalità, ancorché di primario rilievo costituzionale e convenzionale, per la quale il diritto è stato riconosciuto». Conseguentemente – prosegue la Corte – «Il diritto all'identità personale del figlio, da garantirsi con la conoscenza delle proprie origini, anche dopo la morte della madre biologica, non esclude la protezione dell'identità “sociale” costruita in vita da quest'ultima, in relazione al nucleo familiare e/o relazionale eventualmente costituito dopo aver esercitato il diritto all'anonimato. Il trattamento delle informazioni relativo alle proprie origini deve, in conclusione, essere eseguito in modo corretto e lecito (D. Lgs. n. 196 del 2003, articolo 11, lettera a)) senza cagionare danno, anche non patrimoniale, all'immagine, alla reputazione, e ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti e/o familiari)». L'orientamento in questione (su cui v., assai di recente: M. G. STANZIONE, *Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 319 ss.; V. CARBONE, *Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici*

secondo la quale, una volta verificatosi il decesso della madre che aveva chiesto di rimanere anonima, l'accesso alle informazioni identificative deve ritenersi comunque possibile, ancorché non sia intervenuta (né possa mai più intervenire¹¹⁹, evidentemente) la revoca della scelta a suo tempo espressa¹²⁰.

9. Prospettive di riforma.

L'accesso dibattuto sviluppatosi – ormai da tempo¹²¹ – intorno al tema considerato ha sollecitato, naturalmente, prospettive di intervento normativo, i cui primi e più rilevanti tentativi risalgono, per vero, ad epoca ben anteriore ai più recenti sviluppi giurisprudenziali (almeno a partire dal “*caso Godell?*”) dei quali, da ultimo, si è dato conto¹²², sebbene,

di merito e la Cassazione a confronto, in *Corr. giur.*, 2017, p. 24 ss.; E. ANDREOLA, *Accesso alle informazioni sulla nascita e more della madre anonima*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 15 ss.) è stato infine richiamato, e sostanzialmente condiviso, da Cass., S.U., 25 gennaio 2017, n. 1946, cit.

119. E, anzi, proprio a causa di questa impossibilità.

120. È stato al riguardo osservato che «con le pronunce in discussione il Giudice di legittimità ha, in buona sostanza, “riscritto” l'art. 93, comma 2, codice *privacy*, rendendo accessibili a chi vi abbia interesse (*in primis*, al figlio, ma non solo) i dati personali che rendano identificabile la donna che, all'atto del parto, abbia dichiarato di non voler essere nominata, non già – come testualmente previsto dal legislatore nazionale – “decorso cento anni dalla formazione del documento”, bensì alla sua morte. In altri termini: la Suprema Corte si è richiamata al principio, affermato dalla Corte costituzionale, di “reversibilità del segreto” non tanto per colmare una lacuna normativa [invero, il già ricordato art. 93, comma 2, *codice privacy* pone espressamente la regola, secondo cui – in assenza di “revoca”, da parte della donna, dell'opzione per l'anonimato – i “dati personali che [la] rendono identificabile [...] possono essere rilasciati [...] decorso cento anni dalla formazione del documento”], quanto per disapplicare una regola legale» (C. GRANELLI, *Il c.d. “parto anonimo” ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini*, cit., p. 569). Si tratta, certamente, di un rilievo – diretto a segnalare lo sconfinamento della giurisprudenza verso ruoli “creativi” che non dovrebbero caratterizzarne l'operato – da non trascurare; ma va pure segnalato che, in certa misura, la soluzione proposta potrebbe forse ricavarsi già dallo stesso art. 93, comma 2, *Cod. protezz. dati personali*, ove si ipotizzi che il lunghissimo termine in esso previsto sia stato (al legislatore) suggerito proprio dalla supposizione che, decorso quel termine, l'interessata non sarà più normalmente in vita (e che comunque – ciò che darebbe conto del riferimento normativo ai “cento anni”, anziché alla morte della madre – dopo il decorso di un secolo le ragioni di protezione di quella (pur drammatica) scelta remota saranno talmente affievolite da giustificare, forse, il sacrificio dell'interesse al riserbo, consentendo al figlio ormai anziano (se anch'esso sopravvissuto) di accedere, finalmente, ad una “verità” storica che, comunque, direttamente lo riguarda).

121. In effetti, già il ddl n. (AS) 3228 del 23 aprile 1998 si proponeva di introdurre, senza limiti, l'accesso dell'adottato alle informazioni relative alle sue origini e all'identità dei genitori biologici, proponendo l'introduzione (nella l. n. 184 del 1983) di un art. 28 *bis* così formulato: «1. All'adottato divenuto maggiorenne, è consentito accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. A questi ultimi è consentito rintracciarlo e conoscerne la condizione. 2. L'istanza può essere inoltrata al tribunale dei minorenni dove l'adottato risiede o al tribunale dove l'adottato è nato. 3. Il tribunale per i minorenni procede alle audizioni delle parti richiedenti: adottato, genitori biologici e adottivi, parenti d'origine dell'adottato, qualora questi fosse orfano di genitori e chiunque altro ritenga opportuno; assume tutte le informazioni di carattere sociale e psicologico, al fine di valutare le conseguenze pratiche di ogni iniziativa presa rispettivamente dalle parti interessate. 4. Il tribunale dei minorenni, definita l'istruttoria e previo consenso del controinteressato autorizza con decreto l'accesso alle notizie richieste».

122. Tra le iniziative più rilevanti si possono segnalare il ddl n. (AS) 1898 del 18 novembre 2009, che proponeva di introdurre la previsione secondo la quale «ove l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla

ad oggi – a dispetto dell’invito solennemente formulato al legislatore da Corte Cost. n. 278/2013 – nessuna novità normativa sia però intervenuta.

Tralasciando, in ogni caso, le pur numerose proposte succedutesi nel tempo, merita qui segnalare che è attualmente in discussione¹²³, in sede parlamentare, il ddl n. (AS) 1798-XVII Legislatura¹²⁴, il quale reca un’articolata –ma anche, adire il vero, non del tutto lineare, oltre che, a tratti, improduttiva –disciplina dell’«accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita»¹²⁵. In estrema sintesi¹²⁶, la proposta normativa segnala-

madre o anche uno solo dei genitori abbia dichiarato di non voler essere nominato, l’accesso alle informazioni è autorizzato dal tribunale per i minorenni [...] qualora i genitori dell’adottato siano *deceduti*, risultino *irreperibili* oppure, *interpellati*, abbiano fornito il loro consenso. In assenza di tali condizioni, il tribunale può autorizzare unicamente l’accesso alle informazioni di carattere sanitario, ove sussistano ragioni legate alla salute psico-fisica del richiedente», aggiungendo poi la regola in forza della quale «in ogni caso l’adottato che non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre ovvero anche uno solo dei genitori abbia dichiarato di non voler essere nominato, al raggiungimento del *quarantesimo anno di età*, accede *liberamente* ad ogni informazione riguardante la sua origine e l’identità dei propri genitori biologici»; oppure il ddl (AC) n. 3030 del 10 dicembre 2009, che si proponeva di introdurre la disposizione in forza della quale, «previa richiesta dell’adottato che abbia compiuto i venticinque anni di età, il tribunale per i minorenni del luogo di residenza dell’adottato, valutato il caso, è *tenuto a informare* la madre e il padre naturali della richiesta di accesso alle informazioni da parte dello stesso adottato e a richiedere il loro consenso al superamento dell’anonimato. Qualora la madre risulti deceduta e il padre risulti deceduto o non identificabile, il medesimo tribunale, su richiesta dell’interessato, procede direttamente ad acquisire le informazioni concernenti le loro generalità e le loro anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, in particolare per quanto concerne l’eventuale presenza di patologie ereditarie trasmissibili e le cause del decesso, nonché il deposito di loro organi presso banche sanitarie».

123. Il disegno di legge richiamato nel testo risultava, alla data del 1° marzo 2017, in corso di esame presso la 2ª Commissione permanente (Giustizia) del Senato, in sede referente.

124. Ddl risultante dalla unificazione di numerosi altri disegni di legge, trasmesso dal Presidente della Camera dei Deputati alla Presidenza del senato il 19 giugno 2015. Il relativo testo è consultabile *on line* sul sito del Parlamento.

125. Per una puntuale ricognizione delle principali questioni di cui una proposta di riforma della materia dovrebbe occuparsi, anche con indicazione delle soluzioni ritenute opportune v. (senza che il richiamo implichi necessariamente totale condivisione delle soluzioni proposte): M. VELLETTI, *Diritto alle origini: prospettive di riforma dopo la sentenza della Corte Cost. 22 novembre 2013*, n. 278, cit., p. 67 ss.; v. anche, al riguardo, C. GRANELLI, *Il c.d. “parto anonimo” ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini*, cit., p. 572.

126. Tralasciando – dunque – alcuni profili di dettaglio, soprattutto relativi: all’accesso alle informazioni sanitarie di carattere non identificativo; al coordinamento con l’art. 30 del D.P.R. n. 396/2000 (rispetto al quale si prevedono – non sempre in modo del tutto compiuto, specialmente avuto riguardo a taluni profili di procedura – obblighi di informazione della madre in ordine alle conseguenze della propria scelta di rimanere anonima e obblighi di raccolta di «dati anamnestici non identificativi della partoriente»); al coordinamento con l’art. 93 D. Lgs. n. 196/03; alla campagna di informazione necessaria a pubblicizzare l’importante novella legislativa; al monitoraggio dello stato di attuazione della legge. Può essere utile segnalare, comunque, che la citata proposta di legge non risolve direttamente la questione – rimessa da Corte Cost. n. 278 del 2013 alla competenza del legislatore – della puntuale determinazione delle *modalità procedurali* dell’interpello (necessarie a garantire l’esigenza di riservatezza della madre), limitandosi a disporre che con successivo decreto del Ministro della Giustizia, adottato entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge (termine, evidentemente, non perentorio), siano «definite le modalità della *comunicazione* di cui al quarto periodo del comma 7 dell’articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, come modificato dalla lettera b) del comma 1 del presente articolo, al fine

ta¹²⁷ mira a novellare l'art. 28 l. adoz. prevedendo che:

a) l'adottato (e comunque, anche se non adottato¹²⁸, il figlio non riconosciuto alla nascita da madre che si sia avvalsa della facoltà di rimanere anonima) possa accedere alle informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei genitori biologici una volta divenuto *maggiorenne*¹²⁹;

b) l'accesso all'identità della madre biologica sia senz'altro consentito (art. 1, lett. b)) qualora essa abbia (spontaneamente) *revocato* la dichiarazione di anonimato¹³⁰; o, comunque, sia deceduta¹³¹;

di garantirne la massima riservatezza». È anche il caso di evidenziare, in proposito, che la “comunicazione” alla quale fa riferimento la disposizione appena richiamata non è quella con cui si provvede (da parte del Trib. min.) all'*interpello* della donna, ma, piuttosto, quella con cui la madre che ha chiesto di non essere nominata dà eventualmente conferma (secondo la previsione introdotta dal ddl in esame) della propria volontà di rimanere anonima. Quanto, invece, alle *modalità* dell'interpello, la proposta di legge si limita a stabilire (art. 1, lett. c)) che il tribunale per i minorenni, *con modalità che assicurino la massima riservatezza(sic)*, avvalendosi preferibilmente del personale dei servizi sociali, contatta la madre per verificare se intenda mantenere l'anonimato», aggiungendo poi che «al fine di garantire che il procedimento si svolga con modalità che assicurino la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della madre, il tribunale per i minorenni tiene conto, in particolare, dell'età e dello stato di salute psico-fisica della madre nonché delle sue condizioni familiari, sociali e ambientali». Per tale via, come ben si intuisce, il “mandato” rimesso al legislatore (da Corte Cost. n. 278/2013), di *dettagliare* le modalità dell'interpello attraverso «un *procedimento stabilito dalla legge*, che assicuri la massima riservatezza» rimarrebbe sostanzialmente inavaso (perché, in pratica, la previsione normativa risulterebbe inutilmente riproduttiva di quella generica formulazione proposta dalla Consulta che attenderebbe, appunto, di essere riempita – attraverso l'intervento normativo – di un contenuto sostanziale); e l'opera di “supplenza giudiziaria” sin qui affidata a protocolli e linee guida messi a punto dai diversi uffici giudiziari finirebbe per doversi perpetuare (pur dopo l'intervento legislativo).

127. La quale si preoccupa di precisare (art. 1, lett. a), n. 2) che l'accesso alle informazioni non legittima comunque né azioni di stato né rivendicazioni di carattere patrimoniale o successorie da parte dell'*adottato*. In proposito, è stato segnalato (C. GRANELLI, *op. loc. ult. cit.*) il problema della «esperibilità, o meno, da parte del figlio nato da parto anonimo che non sia stato successivamente adottato (comb. disp. artt. 253 e 269, comma 1, cod. civ.), dell'azione di accertamento giudiziale della maternità *ex* artt. 269 ss. cod. civ. (poniamo – come nel caso *Odièvre* – nella prospettiva di poter, successivamente, avanzare pretese successorie): esperibilità fin qui preclusa, di fatto, proprio dall'impossibilità di accedere ai dati identificativi della madre biologica (del tutto eccezionale – anzi, unico in giurisprudenza – è infatti il caso deciso da Trib. Milano 14.10.2015, n. 11475, in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 476 ss.); nonché quello della «esperibilità, o meno, da parte del medesimo figlio, dell'azione *ex* art. 433, comma 1 n. 6, cod. civ. volta ad ottenere gli alimenti dai fratelli, mai prima conosciuti proprio a causa dell'anonimato della partoriente». Può essere allora il caso di evidenziare che la richiamata proposta di legge riferisce la disposizione richiamata in apertura della presente nota al (solo) soggetto *adottato*, laddove la disciplina dell'accesso alle informazioni è invece riferita tanto all'*adottato* che al figlio non riconosciuto alla nascita eventualmente non adottato.

128. È, questa, un'estensione la cui problematicità risulta ampiamente segnalata dalla dottrina sul tema; cfr., ad es., S. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, cit., § 7.

129. Eliminando, dunque, la diversa regolamentazione ora dettata dall'art. 28 l. adoz. secondo che l'adottato sia (soltanto) maggiorenne o (anche) ultraventicinquenne.

130. Il cit. ddl regola anche le modalità della revoca, prevedendo che essa sia resa con dichiarazione autentica dall'Ufficiale di stato civile, da trasmettere senza ritardo al Trib. min. del luogo di nascita del figlio.

131. Non è considerata l'ipotesi – pur segnalata come particolarmente problematica (cfr. M. VELLETTI,

c) la madre rimasta anonima possa, decorsi diciotto anni dal parto, *confermare* la propria volontà di anonimato (e, dunque, il dissenso al disvelamento), comunicandola al Trib. per i minorenni del luogo di nascita del figlio (in tal modo *impedendo* l'accesso alle informazioni riguardanti la propria identità)¹³²;

d) il Trib. per i minorenni provveda, infine, ove richiesto dagli aventi titolo, ad interpellare, con le necessarie cautele, *la madre che non abbia confermato il proprio dissenso*¹³³, al fine di verificare se intenda mantenere l'anonimato;

e) l'istanza per l'interpello possa essere presentata, *una sola volta*, al Trib. per i minorenni del luogo di residenza del figlio.

Fin qui la (proposta di) disciplina destinata a regolare, per il futuro, il problema dell'accesso alle informazioni identificative.

Occupandosi, poi, dei parti anonimi *già intervenuti* alla data di entrata in vigore del progettato intervento normativo, il ddl in esame (art. 4) introduce la previsione secondo la quale «entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, la madre che ha partorito in anonimato prima della medesima data può *confermare la propria volontà* comunicandola al tribunale per i minorenni del luogo di nascita del figlio. Con decreto del Ministro della giustizia, adottato entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le modalità di tale comunicazione al fine di garantirne la massima riservatezza»; disponendo, ancora, che qualora essa dia conferma dell'anonimato il tribunale per i minorenni potrà unicamente autorizzare «l'accesso alle sole infor-

Diritto alle origini, cit., p. 68 s.) – di madre *irreperibile*, nonostante si possa invece immaginare trattarsi di ipotesi che potrebbe presentarsi con qualche frequenza.

132. In tal caso, infatti, il cit. ddl prevede che il Trib. per i minorenni possa unicamente autorizzare, «se richiesto, l'accesso alle sole informazioni di carattere sanitario, riguardanti le anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, con particolare riferimento all'eventuale presenza di malattie ereditarie trasmissibili» (viene in tal modo temperata, peraltro, la preoccupazione espressa dall'ANFAA in sede di audizione, durante la quale la predetta associazione aveva proposto che fossero «le donne disponibili a incontrare i propri nati a *palesare la loro disponibilità* in qualsiasi momento, revocando la loro decisione. La nuova volontà potrebbe essere manifestata presso un'autorità da individuare, come il Tribunale dei Minorenni o il Garante per l'Infanzia. Qualora il figlio chiedesse accesso agli atti, l'iter partirebbe *solo nel caso in cui la donna abbia già manifestato preventivamente la sua disponibilità* al riguardo, tutte le altre non potrebbero essere in alcun modo interpellate». Il risultato ipotizzato dal ddl, pur non coincidendo con la richiamata proposta, non è però del tutto distante da essa, in quanto la madre che desiderasse rimanere anonima potrebbe comunque impedire (che sia dato seguito al) l'interpello, confermando il proprio dissenso (nondimeno, la citata associazione ha egualmente sottolineato che il proprio intendimento risulta sostanzialmente opposto a quella prefigurata dal ddl, nel quale, comunque, rimane l'iniziativa del figlio), mentre «la donna che non vuole essere interpellata [...] deve confermare la propria volontà all'anonimato [...] *svelando la propria identità al Tribunale dei Minorenni e al personale che vi lavora*».

133. In pratica, l'interpello è quindi previsto in confronto della sola madre che, non avendo già revocato la dichiarazione di anonimato (perché, altrimenti, sarebbe direttamente possibile l'accesso alle informazioni identitarie), ed essendo in vita, non abbia *confermato* la scelta dell'anonimato (ed è proprio in relazione a tale meccanismo –oltre che in relazione alla disciplina transitoria (di cui subito nel testo) prevista per il caso di parto anonimo anteriore all'entrata in vigore della novella – che è prevista, appunto, la necessità di adeguata campagna informativa sui contenuti della (proposta di) riforma).

mazioni di carattere sanitario, riguardanti le anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, con particolare riferimento all'eventuale presenza di malattie ereditarie trasmissibili»; (soltanto) in caso contrario¹³⁴ potrà trovare applicazione «il comma 7 *bis* dell'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, introdotto dall'articolo 1, comma 1, lettera c), della presente legge» (risultando perciò possibile procedere all'interpello).

Non è possibile in questa sede – esorbitando ciò dai limiti imposti al presente contributo – scendere ad un esame particolareggiato della proposta di riforma (della quale neppure può pronosticarsi, con sicurezza, il possibile esito): peraltro, alcune essenziali considerazioni, da valere come semplici spunti di riflessione, sembrano egualmente opportune.

In primo luogo – anche a prescindere dalla struttura tutt'altro che lineare del progetto di riforma (che, certamente, potrebbe essere ben meglio articolato) – non può non evidenziarsi che il ddl considerato finisce per eludere, anzitutto, le *finalità primarie* dell'intervento legislativo atteso (dopo Corte Cost. n. 278 del 2013), dal momento che una strutturazione normativa del *procedimento di interpello* rimane sostanzialmente estranea al contenuto della proposta di riforma, non potendo certamente reputarsi assolto il compito rimesso al legislatore attraverso il mero rinvio (recato dal ddl) «*modalità che assicurino la massima riservatezza*»¹³⁵ (raccomandate al Trib. per i minorenni procedente, che – a tal fine – si dovrà avvalere «preferibilmente del personale dei servizi sociali»).

In secondo luogo, e sotto altro profilo, appare sicuramente discutibile la disciplina dettata per i *parti anonimi anteriori* all'entrata in vigore della (proposta di) riforma, non tanto (e non solo) per l'assenza di una specifica disciplina della *revoca* dell'anonimato (trattandosi di lacuna comunque colmabile ad opera dell'interprete); quanto, e soprattutto, perché – prevedendo che entro *dodici mesi* dall'entrata in vigore della riforma la madre anonima possa confermare la propria scelta (magari, espressa soltanto qualche anno o mese prima), *impedendo con ciò la possibilità dell'interpello* – non ci si avvede che si finirà in tal modo per riproporre, in moltissimi casi¹³⁶, una situazione non troppo diversa

134. Cioè, di mancata conferma. Singolarmente, peraltro, il cit. ddl non regola, con riguardo al caso di parti anonimi anteriori all'entrata in vigore della novella, la possibilità della *revoca* dell'anonimato (invece prevista e disciplinata per il futuro). Si tratta, evidentemente, di uno dei molteplici profili critici (certamente superabile in via interpretativa o, quanto meno, di applicazione analogica) riscontrabili nella proposta di legge illustrata nel testo.

135. Per assicurare le quali il tribunale medesimo dovrà tener conto, in particolare, «dell'età e dello stato di salute psico-fisica della madre nonché delle sue condizioni familiari, sociali e ambientali» (sono queste, in sostanza, le uniche prescrizioni e modalità che il cit. ddl detta con riguardo al *procedimento*, il cui contenuto, secondo il rinvio operato da Corte cost. n. 278/2013, dovrà essere “*stabilito per legge*”, attraverso il quale dovrebbe articolarsi l'espletamento dell'interpello).

136. Come ad es., e soprattutto, quelli in cui la scelta di avvalersi della facoltà di non essere nominata sia stata espressa da poco tempo (in sostanza, spostandosi di poco nel tempo il problema della irreversibilità del segreto – tanto più grave, in tal caso, per la formale assenza di una specifica disciplina della *revoca* – senza con ciò dare luogo ad una situazione sostanzialmente diversa da quella anteriore alla programmata riforma).

da quella già censurata sia in sede CEDU che ad opera della Corte costituzionale, con ciò *spostando* ma non risolvendo il problema¹³⁷.

Più in generale, d'altra parte, analoghe criticità si profilano anche con riguardo alla disciplina dettata “per l'avvenire”, specialmente ove si consideri che il ddl in considerazione:

a) non consente l'interpello in confronto della madre che abbia *confermato* (a partire dal diciottesimo anno successivo al parto e, dunque, anche per un periodo prevedibilmente assai esteso) la scelta dell'anonimato, assegnando così alla conferma quel valore di *irreversibilità*¹³⁸ ad oggi discendente dall'opzione espressa al momento della nascita¹³⁹;

b) permette che l'istanza di interpello sia presentata *una sola volta*, ancorché, *in thesi*, dopo il primo interpello sia decorso un tempo assai lungo (anche, ad es., di decine di anni), *cristallizzando* ancora una volta la secretazione dei dati identificativi.

Da questo punto di vista – *ove si consideri che ciò è, appunto, quanto consegue alla conferma dell'anonimato o all'esito negativo dell'interpello* – sarebbe allora risultato egualmente ragionevole, forse, disporre¹⁴⁰ direttamente e semplicemente la possibilità della *revoca della dichiarazione* di anonimato¹⁴¹, dettandone compiutamente la disciplina, piuttosto che formulare

137. Non è chiaro, peraltro, per quale ragione la madre che successivamente all'entrata in vigore della (proposta di) riforma si avvallesse dell'anonimato potrebbe confermare la sua scelta (con gli effetti conseguenti alla dichiarazione di conferma) *decorsi diciotto anni dalla nascita* (e, dunque, *dopo* diciotto anni, senza che, però, sia anche indicato un *termine finale* per l'adempimento); mentre per le madri protagoniste di parti anonimi *anteriori* all'entrata in vigore della prospettata novella ciò dovrebbe rimanere possibile soltanto *entro* dodici mesi dall'entrata in vigore della riforma, con la conseguenza che, scaduto il termine per formalizzare la conferma (almeno, stando alla lettera della legge) la donna interessata rimarrebbe comunque esposta alla possibilità dell'interpello.

138. È bensì vero che una *revoca* dell'anonimato (anche dopo la conferma) deve ritenersi pur sempre possibile, ma sarebbe almeno opportuno, allora, al fine di prevenire possibili difficoltà interpretative, rettificare la previsione del novellato comma 7 come segue (il corsivo indica le aggiunte suggerite): «l'accesso alle informazioni è consentito nei confronti della madre che, avendo dichiarato alla nascita di non voler essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, o avendo *in seguito confermato tale scelta*, abbia successivamente revocato» la dichiarazione di anonimato.

139. In sostanza, dalla complessiva regolamentazione dettata dal ddl dovrebbe discendere che: - l'*anonimato* (originario o confermato) successivamente *revocato* consente senz'altro l'accesso alle informazioni identificative; - l'*anonimato scelto alla nascita* (e non revocato) non impedisce di formulare, sebbene solo *una tantum*, il successivo interpello; - l'*anonimato confermato* (se non revocato) impedisce *definitivamente* successivi interPELLI, rendendo nuovamente (e per sempre) *irreversibile* (salvo revoca spontanea) il segreto.

140. In conformità alla rettifica proposta dall'ANFAA in sede di audizione.

141. È anche vero, al riguardo, che (questa volta) è il (contenuto del) provvedimento normativo richiesto al legislatore che in certo senso si presenta, secondo le indicazioni della Consulta, “a rime obbligate”, nella misura in cui ad esso è stato chiesto – secondo il dispositivo della pronuncia di incostituzionalità – (non tanto di disciplinare la possibile revoca della dichiarazione di anonimato, ma) di assegnare al giudice minorile la “possibilità di interpellare la madre” attraverso l'introduzione di un “procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza”; ma occorrerebbe al riguardo domandarsi se, così come disegnato dal legislatore (nella proposta di riforma), il procedimento di interpello prefigurato risponda interamente alle sollecitazioni provenienti dalla complessa esperienza giurisprudenziale delle Alte Corti intervenute sul tema; ma anche, sotto altro profilo, se il meccanismo dell'interpello sia l'unico effettivamente compatibile con le indicazioni derivanti dal “dialogo” tra le Corti.

innovazioni le quali, in definitiva, finiscono per riproporre, seppure subordinatamente ad una rinnovazione della scelta di anonimato, quella condizione di irreversibilità del segreto (salva, appunto, una eventuale revoca) dalla quale si è originata tutta la complessa problematica sin qui considerata.

IL “BEST INTEREST OF THE CHILD”. UNA CONQUISTA DEL PRESENTE IN DIALOGO CON IL PASSATO*

PATRIZIA GIUNTI
Prof. ordinario Università di Firenze

Il 20 novembre 1989, a New York, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approva all'unanimità il testo della Convenzione sui diritti del fanciullo (*Convention on the Rights of the Child*). L'impatto verso la costruzione di una identità “infantile”, portatrice di esigenze specifiche e pertanto titolare di diritti propri, si mostra, a questo punto, decisivo e irreversibile. Ma sarebbe assolutamente riduttivo ascrivere la Convenzione newyorkese al clima che veniva caratterizzando lo scorcio del “secolo breve”, nel suo proiettarsi verso il “mondo nuovo” del terzo millennio: la stagione, cioè, della riscrittura¹ dei diritti dell'uomo, della loro narrazione in carte proclamatrici di “grappoli” di diritti, catalogati in funzione di soggettività giuridiche parcellizzate, autonomamente identificate: i diritti del malato e del turista, dello studente e del lavoratore, del consumatore di internet e del pensionato: nuovi statuti di cittadinanza, fondati sull'appartenenza del singolo ad aggregati umani costruiti semplicemente in nome della vita e di ciò che essa offre ad ognuno: nuove “astrazioni”, chiamate a ridimensionare quella formidabile “astrazione” della modernità dalla quale era nato il “soggetto di diritto”, capace di emergere e di imporsi con il suo profilo egualitario sopra secoli di sistemi politici e di ordinamenti giuridici organizzati per caste².

La Convenzione sui diritti del fanciullo non appartiene a questo “mondo nuovo” dei diritti dell'era globale, perché non ne è figlia. È infatti nel cuore del Vecchio Continente, lacerato dai nazionalismi, incendiato dalla Prima Guerra Mondiale, che l'infanzia trova la sua prima voce identitaria, grazie agli appelli umanitari lanciati da una giovane donna inglese, Eglantyne Jebb, di fronte al dramma delle condizioni di vita dei minori nell'immediato dopoguerra. La consapevolezza nuova, affermatasi anche grazie a questo impegno, di una sofferenza infantile dai registri –e dai costi collettivi - incomparabilmente più alti, approda alla formulazione, nel 1924, di una Dichiarazione dei diritti del bambino, approvata a Ginevra dalla Quinta Assemblea Generale della Società delle Nazioni³: un

*. Nella sua parte conclusiva, il saggio riprende alcune delle considerazioni svolte nella relazione dal titolo “*Pouvoir et fonction. La complexité du système de la famille dans la Rome antique*” tenuta nell'aprile 2016 presso l'Université Paris II-Panthéon Assas. Nel proposito di mantenere il tono espositivo originario, il testo che qui si pubblica contiene un minimo apparato bibliografico e documentale. Dedico a Giovanni Furguele, in segno di ‘antica’ amicizia.

1. Si vedano in tal senso le pagine di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 4 e *passim*.
2. Cfr. L. DUMONT, *Homo hierarchicus. Il sistema delle caste e le sue implicazioni* (trad.it.), Milano, 1991.
3. Sulla Dichiarazione ginevrina si veda M.R. SAULLE, *I diritti del minore nell'ordinamento internazionale*, in *La*

documento essenziale nel quale vengono declinati cinque soli enunciati che cristallizzano altrettanti imperativi morali ad impianto assistenzialista: cibo, cure, ospitalità, soccorso, opportunità di crescita e di recupero per il fanciullo, nella consapevolezza che “al fanciullo si devono dare i mezzi necessari al suo normale sviluppo, sia materiale che spirituale”⁴.

Priva di ogni efficacia vincolante per gli Stati, la Carta adottata dalla Società delle Nazioni ci proietta dunque sul terreno di un appello indirizzato all’umanità intera perché, riconosciti i bisogni specifici dei fanciulli, si faccia carico del dovere fondamentale di protezione e assistenza morale e materiale nei confronti di un’infanzia resa oltremodo vulnerabile dalle conseguenze della guerra.

Ma a soli tre lustri dal varo della Dichiarazione ginevrina un nuovo conflitto mondiale, divampato ancora una volta nel cuore dell’Europa, avrebbe reso manifesta una sino a quel momento ignota capacità di distruzione dell’umano, riproponendo con straordinaria drammaticità il tema della violazione dei diritti fondamentali dell’individuo e mostrando tutta l’urgenza di una loro formalizzazione. Approvata a New York il 10 dicembre 1948 dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, la Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo veniva a scandire una nuova “narrazione dei diritti”, per usare un’espressione cara a Stefano Rodotà, configurando l’umanità quale soggetto giuridico⁵. Il disegno di questa antropologia ‘universalistica’ avrebbe progressivamente contribuito all’emergere, ed in modo sempre più incisivo, di una percezione nuova anche dello statuto dell’infanzia: uno statuto nel quale la dimensione della protezione accordata ad un destinatario, ad un *oggetto* debole, veniva inevitabilmente a convertirsi nella dimensione della titolarità, riconosciuta ad un *soggetto* autonomo, di diritti inviolabili e specifici, come tali suscettibili di esercizio e tutela, la cui proclamazione sarebbe stata affidata ad un nuovo documento: il 20 novembre 1959 l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite adotta a New York la Dichiarazione dei diritti del fanciullo (*Declaration of the Rights of the Child*).

Approvato all’unanimità e senza astensioni, il nuovo testo formula, dopo un Preambolo nel quale vengono richiamate la Carta ginevrina del 1924 e la Dichiarazione ONU del 1948, un invito rivolto ad una pluralità di soggetti -dai genitori sino ai governi nazionali- affinché si attivino per l’applicazione dei dieci principi enunciati nel documento⁶. Sebbene costituisca dunque, come già il documento ginevrino, una Carta non vincolante per gli Stati, la *Declaration of the Rights of the Child* del 1959 segna tuttavia un cambio di passo decisivo in vista dell’affermazione di una soggettività giuridica infantile: e non soltanto perché per la prima volta si riconosce il necessario godimento di diritti da parte

Convenzione dei diritti del minore e l’ordinamento italiano (a cura di M.R. SAULLE), Napoli, 1994, p. 12 ss.

4. In tal senso R. CUNDARI, *Il diritto alla salute del minore*, in *La Convenzione dei diritti del minore e l’ordinamento italiano*, cit., p. 142.

5. S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 43.

6. “...and calls upon parents, upon men and women as individuals, and upon voluntary organizations, local authorities and national Governments...”.

del fanciullo (“*The child shall enjoy all the rights set forth in this Declaration*”)⁷ e la necessaria predisposizione di una tutela normativa adeguata ai bisogni dell’infanzia (“*The child shall enjoy special protection and shall be given opportunities and facilities by law...*”)⁸.

L’autentica, rivoluzionaria novità della Dichiarazione del 1959 è l’enunciazione, quasi impercettibile chiosa finale al *principle 2*, del parametro al quale dovranno uniformarsi, a tal fine, le procedure legislative: “*In the enactment of laws for this purpose, the best interest of the child shall be the paramount consideration*”⁹. A pochi paragrafi di distanza, lo stesso enunciato verrà a porsi come guida ispiratrice per l’agire degli adulti nei confronti dell’infanzia: “*The best interest of the child shall be the guiding principle of those responsible for his education and guidance; that responsibility lies in the first place with his parents*”¹⁰.

Il *best interest of the child* fa dunque il suo primo ingresso nella storia delle pronunce degli organismi internazionali sul terreno della tutela dei minori. Sarà un *turning point* epocale ed irreversibile.

Il superiore interesse del minore, chiamato dalla Dichiarazione a rivestire una “considerazione determinante”, si ritaglia un proprio spazio nell’agenda dei legislatori nazionali (“Nell’adozione delle leggi rivolte a tal fine la considerazione determinante deve essere del fanciullo”); allo stesso tempo, il progetto educativo dell’infanzia, declinato prioritariamente in termini di responsabilità genitoriale, trova nel *best interest of the child* il necessario criterio informatore delle singole opzioni pedagogiche (“Il superiore interesse del fanciullo deve essere la guida di coloro che hanno la responsabilità della sua educazione e del suo orientamento; tale responsabilità incombe in primo luogo sui propri genitori”).

La strada, ormai segnata in questa direzione, avrebbe trovato il compiuto approdo nel 1989. Esattamente il 20 novembre di quell’anno, nell’intento esplicito di celebrare l’anniversario della Dichiarazione dei Diritti del fanciullo approvata trent’anni prima, l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, con la risoluzione 44/25, adottava a New York la *Convention on the Rights of the Child*, con ciò offrendo per la prima volta una prospettiva di protezione internazionale, coerente e cogente, dei bisogni del bambino.

Forte della consapevolezza, ormai definitivamente maturata, che per la tutela dell’infanzia non sia sufficiente proclamare la titolarità di diritti, ma sia necessario impegnarsi per garantirne l’effettivo esercizio e le modalità di difesa, la Convenzione vincola gli

7. *Principle 1*: “*The child shall enjoy the rights set forth in this Declaration. Every child, without any exception whatsoever, shall be entitled to these rights, without distinction or discrimination on account of race, colour, sex, language, religion ...*”

8. *Principle 2*: “*The child shall enjoy special protection and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.*”

9. Cfr. B.M. FARINA, *Il diritto alla libertà di espressione e di informazione del minore*, in *La Convenzione dei diritti del minore e l’ordinamento italiano*, cit., p. 164 s.

10. *Principle 7*.

Stati parte al rispetto dei diritti sanciti nella Convenzione stessa: dal piano, sino a quel momento praticato dalle Carte internazionali sui fanciulli, dell'esortazione moralmente autorevole ma non vincolante, la Convenzione ONU del 1989 passa al piano dell'impegno per gli Stati, rafforzato da un meccanismo di controllo esterno¹¹, sui diritti enunciati sistematicamente dalla Convenzione stessa: diritti cosiddetti di prima generazione, certo, ma anche diritti economici, sociali e culturali, la cui attuazione peraltro – precisa l'art. 4 - vincola gli Stati “*to the maximum extent of their available resources*”¹²; un quadro articolato e coerente di bisogni e prerogative, al cui interno tuttavia alcuni enunciati assumono un formidabile risalto in vista della costruzione di una “terza generazione” di diritti umani universali, fondamentali dell'infanzia: il diritto alla vita e alla sopravvivenza¹³, il diritto alla tutela contro ogni discriminazione¹⁴, il diritto ad essere ascoltato¹⁵, il diritto a veder perseguito il proprio superiore interesse:

art. 3: “*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*”.

Ritorna dunque nella Convenzione ONU il *best interest of the child* già focalizzato dalla Dichiarazione del 1959. Ma non siamo certo in presenza di una automatica ed inerte contaminazione tra i due documenti: perché ben altro è il ruolo che l'Assemblea Generale attribuisce adesso all'interesse del minore cui riconosce, in luogo della precedente “*paramount consideration*”, una “*primary consideration*”.

All'apparenza di poco momento, la sostituzione aggettivale che trasforma la “massima considerazione” in una “considerazione primaria” sposta in modo decisivo il livello di tutela del *best interest of the child*, e non solo per l'efficacia vincolante che il testo della

11. Ai sensi dell'art. 44 della Convenzione, gli Stati parte devono presentare, tramite il Segretario Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, rapporti periodici al Comitato dei Diritti del Fanciullo, sullo stato di attuazione ed effettività interne dei diritti riconosciuti nella Convenzione. L'Italia ha ad oggi presentato quattro rapporti.

12. Art. 4: “*States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international co-operation*”.

13. Art. 6: “*States Parties recognize that every child has the inherent right to life. States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child*”.

14. Art 2: “*States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members*”.

15. Art 12: “*States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child. 2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law*”.

Convenzione del 1989 è in grado, per la prima volta, di esprimere nei confronti degli Stati parte¹⁶. Declinato come necessario criterio ispiratore di tutti gli atti relativi ai minori, atti amministrativi, legislativi e giurisdizionali come pure a rilevanza privata, il *best interest of the child* viene adesso collocato al vertice di una scala gerarchica, in forza di quella “*primary consideration*” (titolare di una posizione di primato in una graduatoria ‘di merito’) che rende recessive le posizioni giuridiche eventualmente confliggenti con quella del minore, chiunque ne sia il titolare. Se nell’impianto scandito dal Codice Civile del 1942 la posizione dominante del padre appariva tale da costituire “un centro unitario di interesse e di ‘comando’ al cui cospetto i diritti altrui sembravano meritevoli di affievolimento”¹⁷; se la riforma del 1975 aveva reso condivisa la “potestà genitoriale” cui il figlio era soggetto¹⁸, il *best interest of the child* -quasi una nemesi della storia- viene ribaltando la prospettiva, ponendo in capo al minore la supremazia endofamiliare¹⁹.

L’impatto è rivoluzionario: nel trasformare lo status del minore, da oggetto di potestà a soggetto di diritti incompressibili, il *best interest of the child* scardina la linearità gerarchica dell’assetto familiare: pur nell’evidente difficoltà di ricondurre un’interpretazione univoca ed un contenuto certo ad un criterio tanto pervasivo quanto cangiante²⁰, è la struttura verticistica delle relazioni familiari ad essere travolta dall’affermazione del superiore interesse del minore.

L’impatto è rivoluzionario ma anche irreversibile: la *Convention on the Rights of the Child* scava infatti il solco nel quale si incamminano i legislatori del nuovo millennio.

Dopo la conferma sancita a Strasburgo nel 1996 dalla Convenzione europea sull’esercizio dei Diritti del fanciullo, la Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, giuridicamente vincolante per gli Stati membri dal 1 dicembre 2009 a seguito del Trattato di Lisbona, sancisce all’art. 24 c. 2 che “*In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child’s best interests must be a primary consideration*”.

Ma, accanto agli accordi internazionali, sono gli stessi legislatori nazionali a dare conferma dell’includibilità del nuovo orizzonte giuridico disegnato dalla Convenzione ONU

16. Cfr. C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di “best interests of the child”*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981 ss.

17. Corte Cost., 5 novembre 2015 n. 223, in *Fam. Dir.*, 2016, p. 229 con nota P. Pittaro.

18. Si veda il tenore dell’art. 316 cod. civ., nella formulazione precedente la riforma del 2014 (“Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all’età maggiore o all’emancipazione. La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori”).

19. “Interesse superiore significa appunto esclusione della possibilità di bilanciamento con altri interessi... L’interesse del minore si pone in posizione assoluta, sovrastante agli altri e la sua composizione con essi è preclusa”: così L. MARI, *L’interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, II, Roma, 2013, p. 300.

20. “È fuor di dubbio che siamo dinanzi ad un concetto indeterminato, che si apparenta alle clausole generali di cui ogni ordinamento conosce molteplici esempi”: L. MARI, *op. cit.*, p. 299.

del 1989. Nel giro di pochi anni dalla sua approvazione, la *Convention on the Rights of the Child* sarebbe divenuta il trattato internazionale con il maggior numero di ratifiche. L'Italia vi ha provveduto il 5 settembre 1991, in seguito alla legge 27 maggio 1991 n. 176²¹. Ad oggi, dopo le ratifiche intervenute nel 2015 da parte da parte di Sudan del Sud e Somalia, manca una sola pronuncia²²: gli Stati Uniti d'America.

Benché assolutamente isolata nell'ambito della comunità internazionale, la mancata ratifica da parte degli Stati Uniti è senza dubbio assordante²³. E tuttavia, nonostante talune aperture da parte delle precedenti amministrazioni presidenziali²⁴ e nonostante massicce prese di posizione da parte di movimenti civili e politici, non si intravedono segnali consistenti di una possibile inversione di rotta. Le ragioni, molteplici e di vario peso, alla base di questa linea di indirizzo politico del governo statunitense, sono all'attenzione degli osservatori internazionali.

Accanto al timore di una limitazione di sovranità, a causa del meccanismo di controllo previsto dalla Convenzione attraverso l'istituzione del Comitato dei diritti del fanciullo²⁵, vi sono sicuramente alcune asimmetrie normative che spingono in favore di questa resistenza da parte degli Stati Uniti: da un lato, la consueta diffidenza statunitense per accordi internazionali che insistano sull'affermazione dei diritti cosiddetti di seconda generazione, e cioè i diritti economici, sociali e culturali; dall'altro lato, l'esistenza in alcuni Stati di protocolli pedagogici incompatibili con i principi sanciti dalla Convenzione, in particolare sul piano dell'utilizzo delle punizioni corporali²⁶. Sicuramente entrambi questi fattori alimentano il fronte conservatore contrario alla ratifica.

21. Ai sensi dell'art. 44 della Convenzione, l'Italia ha inviato quattro rapporti al Comitato dei Diritti del Fanciullo.

22. Mette appena conto ricordare che, secondo quanto previsto dall'art.51 della Convenzione ONU, all'atto della ratifica gli Stati hanno potuto formulare loro "reservations", purché non incompatibili con l'oggetto e le finalità della Convenzione stessa. Al netto delle "objections" che gli altri Stati parte hanno potuto indirizzare a tali reservations (il Governo Italiano ha espresso objections rispetto alle reservations dichiarate da Siria, Qatar e Somalia), il problema di ratifiche valide solamente "sulla carta" non sfugge agli occhi della dottrina: si veda M. GESTRI, *La Convenzione sui diritti del fanciullo: luci, ombre e problemi di prospettiva*, in *Jura Gentium*, 2015 (<http://www.juragentium.org/forum/infanzia/it/gestri.html>).

23. Bisogna peraltro ricordare che sia l'amministrazione Reagan che l'amministrazione G.W. Bush hanno significativamente contribuito al decennale drafting della Convenzione. Nel 1995, con l'amministrazione Clinton, il Segretario di Stato Madeleine Albright ha proceduto alla firma della Convenzione. Nessuna amministrazione ha tuttavia provveduto a sottoporre successivamente il trattato al parere del Senato, in vista della sua ratifica (così L. BLANCHFIELD, *The United Nations Convention on the Rights of the Child, Congressional Research Service-Report for Congress*, April 1, 2013, p. 1).

24. In particolare il Presidente Obama era venuto manifestando imbarazzo per il mancato sviluppo del processo di ratifica della Convenzione ONU da parte degli Stati Uniti: così L. MARI, *L'interesse superiore del minore*, cit., p. 3; in tal senso anche L. BLANCHFIELD, *op. cit.*, p. 5.

25. Cfr. L. BLANCHFIELD, *op. cit.*, p. 8 ss.

26. S. KILBOURNE, U.S.: *Failure to Ratify the U.N. Convention on the Rights of the Child: Playing Politics with Children's Rights*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 6, p. 450 ss.

Ma più in generale, è l'argomento relativo all'indebolimento dell'autorità genitoriale a costituire il modello retorico di maggior impatto invocato dai gruppi di opinione ostili alla Convenzione ONU, vista come “*the most dangerous attack on parent's rights in the history of the United States*”²⁷.

La perdita di centralità che il potere parentale soffrirebbe dal riconoscimento del *best interest of the child* quale prioritario parametro interpretativo del diritto vigente, e creativo di nuovo diritto, risulta decisiva nel giustificare l'ostinata resistenza nei confronti di un trattato che, “*overarching children's rights theme, such as the concept of the best interests of the child*”, viene visto come “*hostile to this legal tradition and to parents and families*”.

Inevitabile, dunque, il richiamo alla tradizione, in quanto fondativa di un modello autoritario e paternalistico (“*a strong tradition favoring parental rights in American law*”): una tradizione secolare, inverteasi nel paradigma di un assetto familiare gerarchico che nella figura di vertice concentra diritti e funzioni: “*the history and the culture of Western civilisation reflect a strong tradition of parental concern for the nurture and upbringing of their children. This primary role of parents in the upbringing of their children is now established beyond debate as an enduring American tradition*”²⁸. Sino a prospettare, nell'ambito della tradizione statunitense, la questione concernente la possibile lettura della relazione genitore-figlio in termini di appartenenza proprietaria²⁹.

Al di là della risposta concretamente formulabile in rapporto all'esperienza giuridica statunitense, c'è un modello che noi vediamo emergere sullo sfondo della millenaria storia degli assetti familiari: un modello nel quale il potere familiare assume la connotazione più estrema, nel quale il titolare di tale potere si disegna come “*paterfamilias qui in domo dominium habet*”: è l'esperienza giuridica di Roma antica.

Che la *patria potestas* rappresenti l'asse portante dell'intero sistema del diritto privato romano è una affermazione ricorrente nella quale ritengo legittimo riconoscersi. A mio avviso, tuttavia, la *patria potestas* può addirittura aver giocato un ruolo decisivo quale elemento identitario dell'esperienza romana nel senso che sulla *patria potestas*, e sul fascio di poteri che la compongono, si fonda un vero e proprio processo identitario, di costruzione dell'identità: identità intesa come differenziazione, come percezione del diverso, nel senso che sulla *patria potestas* l'ordinamento romano misura la propria distanza dal diverso. Riferimento obbligato, in tal senso, è la pagina delle *Institutiones* di Gaio.

In 1,55, aprendo la descrizione della *patria potestas*, Gaio non si limita a dire, per creare la simmetria didattica con la pagina precedente in cui ha affermato che la *potestas* sugli

27. L'affermazione è contenuta in S. KILBOURNE, *The wayward Americans – why the USA has not ratified the UN Convention on the Rights of the Child*, in *Child and Family Law Quarterly*, 10 n.3, 1998, p. 243.

28. In questo senso S. KILBOURNE, *op. ult. cit.*, p. 243 ss., in part. p. 246 e nt.33.

29. B.B. WOODHOUSE, *Who Owns the Child? Meyer and Pierce and the Child as Property*, in *William and Mary Law Review*, 33, 1992, p. 995.

schiavi è istituto di *ius gentium*, che la *potestas* sui figli è *ius proprium civium Romanorum* (come farà poco dopo nell'affrontare la *manus* quale potere del marito sulla propria moglie). Parlando della *patria potestas* Gaio enfatizza questo profilo di 'esclusività': "infatti -soggiunge- non ci sono praticamente altri popoli che hanno sui figli un potere equivalente al nostro" e rafforza questo enunciato con un elemento di etnografia comparata: "dico questo a ragion veduta poiché non mi sfugge che i Galati ritengono di avere i figli in potestà"³⁰. Ma il diritto dei *cives Romani*, evidentemente, è un'altra cosa.

Grazie a questa sua vocazione 'esclusiva' la *patria potestas* può dunque legittimamente esser vista quale componente strutturale dell'intero sistema giuridico e sociale romano, espressione di una legalità che affonda le sue radici nel *mos maiorum*, nella remota ed in-conoscibile matrice consuetudinaria, e che riflette valori intrinseci di profondo civismo. La connotazione in senso politico dell'istituzione familiare è un dato sin troppo noto alla riflessione storiografica³¹ e del resto, al di là del declino nel quale è incorsa la teoria politica della famiglia romana arcaica, sono le stesse fonti antiche ad insistere sulle possibilità di una assimilazione tra famiglia e sistema di governo della *civitas*: penso non solo al celeberrimo brano del *De officiis* ciceroniano che fa dell'istituzione matrimoniale il *seminarium reipublicae*³², ma penso anche alle parole di Cicerone che nel *Cato maior de senectute* (11.37) esalta Appio Claudio Cieco ricordando che, nei confronti dei figli, "tenebat non modo auctoritatem sed etiam imperium.". Ma ancor più evocativa è la famosa testimonianza di Seneca che nel *De beneficiis* qualifica il *paterfamilias* "quasi domesticus magistratus" perché colui che ha la missione di educare e correggere i giovani³³.

Ben oltre i confini di una pura suggestione retorico-letteraria, questa sovrapposizione tra il ruolo paterno ed il ruolo magistratuale ribadisce la funzione identitaria della *patria potestas* nei confronti non soltanto del sistema di diritto privato ma, più in generale, dell'intero assetto politico e giuridico di Roma antica.

Sulla *patria potestas* si gioca tuttavia, accanto alla percezione dell'esclusività, anche quella dell'inclusività. La riprova ci viene dall'ultima stagione della storia giuridica romana: quella stagione che avrebbe visto la irreversibile caduta militare di Roma e lo spostamento del centro politico e legislativo -nonché culturale- dell'impero a Costantinopoli. Qui, nel 533 d.C., il manuale di insegnamento giuridico voluto dall'imperatore Giustiniano

30. Gai. 1.55: "Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustus nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est (fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus)... Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse".

31. Immediato il richiamo a P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. 1. Diritto di famiglia*, Roma, 1925 (ristampa Milano, 1963), p. 7 ss.

32. Cic. *De off.*, 1.17.54: "...prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis... id autem est principium urbis et quasi seminarium reipublicae".

33. Sen. *De ben.* 3.11.2: "...et quia utile est iuventuti regi, imposuimus illi quasi domesticos magistratus, sub quorum custodia contineretur".

riprenderà pressoché alla lettera le parole impiegate da Gaio quattro secoli prima per rappresentare il ruolo della *patria potestas*³⁴. In un mondo che sta avviandosi ad una radicale trasformazione, è ancora nella *patria potestas* che può riconoscersi la condizione dell'appartenenza all'orizzonte dell'ordinamento romano.

Immanente agli oltre dieci secoli lungo i quali l'esperienza giuridica romana si è venuta svolgendo, capace di rendere legittimo l'esercizio di facoltà quali l'uccisione e la vendita del figlio o la sua esposizione all'indomani della nascita, il potere riconosciuto al *paterfamilias* romano integra dunque perfettamente i connotati di un modello familiare autoritario, gerarchico e fortemente discriminatorio: un modello che per il figlio in potestà, indipendentemente dall'età raggiunta, avrebbe comportato non soltanto l'assoggettamento al potere punitivo paterno ma anche la mancanza di capacità giuridica sul piano del diritto privato, un autentico vuoto di soggettività giuridica.

Ma ancora una volta la pagina delle *Institutiones* gaiane offre spunti di riflessione ulteriore, tanto inattesi quanto suggestivi.

Nel celebre capitolo 1, 93 Gaio ricorda l'editto dell'imperatore Adriano in base al quale i *peregrini*, gli stranieri che avessero richiesto ed ottenuto, per sé e per i propri figli, la cittadinanza romana, non per questo sarebbero divenuti automaticamente titolari di *patria potestas*: la costituzione di *patria potestas* avrebbe dovuto essere disposta da un apposito provvedimento discrezionale dell'imperatore ("*is facit si existimaverit*"), assunto in seguito ad una valutazione delle circostanze del caso concreto ("*causa cognita*"), sulla base di un preciso criterio ordinante: il vantaggio dei figli ("*si existimaverit hoc filiis expedire*")³⁵.

È plausibile che la *ratio* di questo enunciato evochi quel clima favorevole all'emergere di valori legati all'*humanitas* nell'ambito della politica imperiale, e della riflessione giurisprudenziale, che caratterizza il II secolo d.C.³⁶. Il punto però è considerare come questo editto viene presentato da Gaio nel complesso della sua esposizione.

Nei paragrafi appena precedenti questa affermazione, lo si è visto, Gaio ha introdotto il concetto di *patria potestas* sottolineandone la pienezza assoluta, sconosciuta in altri ordinamenti ("*talem.. qualem nos habemus*"), con quell'enfasi insistita che induce già di per sé timore. Ma in 1.93, a pochi paragrafi di distanza, lo stesso Gaio non ha difficoltà nel segnalare che, in un caso particolare (*peregrini* che richiedano l'ammissione nella cittadinanza), il potere del padre risulta subordinato all'interesse del figlio nel senso che la

34. Inst. 1, 9 pr-2: "*In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus ... Ius autem potestatis quod in liberos habemus proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus*".

35. Gai 1.93: "*Si peregrinus sibi liberisque suis civitatem Romanam petierit, non aliter filii in potestate eius fiunt, quam si imperator eos in potestatem redegerit: Quod ita demum is facit, si causa cognita aestimaverit hoc filiis expedire..*".

36. Cfr. F.P. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C. Il senso del passato*, in ANRW. II,15 Berlin-New York, 1976, p. 131 ss.

patria potestas, con il suo carattere vitalizio ed assolutistico, appare condizionata, nel suo effettivo riconoscimento, alla valutazione concreta dell'interesse della prole.

Il *best interest of the children*, conquista della modernità in grado di affievolire gli interessi degli adulti, capace di ricondurre al potere familiare una portata funzionale, emerge in questo editto di Adriano. Ed emerge nell'ambito di un sistema giuridico e sociale nel quale il *paterfamilias*, come testimoniato da Cicerone, esercita sui suoi sottoposti non solo *auctoritas* ma anche *imperium* poiché, e sono le parole di Seneca, il *pater* è un *domesticus magistratus*.

Patria potestà e funzione genitoriale, potere assoluto di vita e di morte ed interesse della prole coesistono in un ordinamento, quale quello romano, che è costantemente spinto a ridefinire se stesso, in un assetto a "complessità programmata" capace di sostenere gli inevitabili "margini relativamente ampi d'incertezza circa le soluzioni di ciascun caso pratico"³⁷. Le conquiste della modernità, così come il percorso faticoso e tuttora incompiuto che le accompagna, mostrano in tal modo tutta la loro profondità di radicamento. Ed il rapporto con il passato svela, ad una lettura che non si fermi in superficie, l'eco di un dialogo mai esaurito.

37. In tal senso L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Una pluralità di soluzioni e di diritti come felice inizio*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, p. 16.

TESTAMENTO E *OFFICIUM PIETATIS* IN CICERONE

GIOVANNI GULINA
Ricercatore Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La prima attestazione della (in)officiosità testamentaria. – 3. L'*officium pietatis* di Aulo Cluenzio Abito. – 4. La rilevanza dei passaggi ciceroniani: considerazioni conclusive.

1. Lo studio della *querela inofficiosi testamenti*, e forse ogni studio romanistico in genere, non può non prendere le mosse dall'esame approfondito delle fonti che permettono l'acquisizione degli elementi utili al fondamento delle congetture ricostruttive, che saranno il frutto dello studio stesso. E, per quanto il diritto romano sia un fenomeno essenzialmente processuale, nel senso che la sostanza del contemperamento delle contrapposte posizioni è propriamente tale solo quando si sia effettivamente inverata in un giudicato, è tuttavia necessario mettere preliminarmente a fuoco l'idea materiale della (in)officiosità, impossibile altrimenti essendo il passaggio all'analisi delle manifestazioni processuali che ne sono state lo speciale rito di cognizione.¹ E ciò a maggior ragione quando, come nel caso del tema in oggetto, l'indagine non si

1. Dedicato a Giovanni Furguele, questo studio è destinato agli Scritti in suo onore e dunque comparirà in un contesto giuridico non schiettamente romanistico: per tale motivo indugerò talvolta su aspetti che, certamente noti agli specialisti, restano generalmente impliciti o presupposti nella produzione che a loro si rivolge. Ciò che – spero – non impedirà al saggio di inserirsi in una ricerca più articolata che, muovendo dai presupposti sostanziali (e prima ancora dall'esegesi delle fonti giuridiche e non giuridiche che tali presupposti indiziano), volge alla individuazione delle forme processuali di cognizione dell'inofficiosità testamentaria in età preclassica e classica. Ricordo subito gli altri saggi, che poi richiamerò all'occorrenza: G. GULINA, *Legge agere damni infecti e pignoris capio. Esegesi e logica di Gai. 4.31*, in «Philía. Scritti per Gennaro Franciosi», 3, Napoli, 2008, pp. 1157-1216, oltreché in RDR, 6 (2006); ID., *La querela inofficiosi testamenti nella testimonianza di Plinio il Giovane. Profili di merito sostanziale, cause di transazione, indizi processuali (Plin., ep., 5.1.2-10)*, in SDHI, 75 (2009), pp. 261-330; ID., *Ancora sulla testimonianza pliniana circa il regime processuale della querela inofficiosi testamenti (Plin., epist., 6.33.2-6 e 9)*, in «Studi in onore di Generoso Melillo», Napoli, 2009, pp. 555-578; ID., *Il pretore qui centumviralibus praesidet, in Plin., epist., 5.9*, in «Studi in onore di Antonino Metro», 3, Milano, 2010, pp. 233-282; ID., *La cognizione centumvirale generale nel caso del militans di Val.Max. 7.7.1*, in LAH, 7 (2015), pp. 79-113; ID., *Hereditatis petitio e querela inofficiosi testamenti nella successione di M. Anneo Carsolano (Val.Max. 7.7.2)*, in LAH, 8 (2016), pp. 59-86; ID., *La cognizione straordinaria del princeps nei casi di C. Tettio e dei fratelli Tracali (Val.Max., 7.7.3-4)*, in LAH, 9 (2017), pp. 41-73. Lega questa serie di articoli, oltre chiaramente alla relazione con il tema della *querela*, la dichiarata intenzione di rispettare quanto più possibile il dettato di ogni singolo testo esaminato, senza piegare l'una testimonianza all'altra, giusta magari un criterio interpretativo di pozionalità che, sulla scorta di pur legittime valutazioni generali di maggiore e minore affidabilità degli autori, possa finire per pregiudicare il risultato di composizione perseguito. Peraltro mi è ben chiaro che una gradazione del genere è ultimativamente corretta e che, fra gli autori che mi sono trovato a considerare, ve ne sono alcuni degni della massima fede, altri meno: ciò perché – naturalmente – migliore poteva essere nei primi la conoscenza dei fatti narrati o diretta l'esperienza dei procedimenti che li hanno trattati; peggiore negli altri la comprensione delle ragioni delle soluzioni raggiunte o minore lo scrupolo nel riferirli precisamente, alla luce di finalità più generiche proprie delle opere che – pur

lascia chiudere entro un insieme logico, il quale sia tutto e soltanto riconducibile al mondo del giuridico; la *querela inofficiosa*, anzi, si mostra spesso come una sorta di cavallo di Troia, grazie al quale un profilo di imperfezione avvertito certamente come grave ma altrettanto certamente inteso come non giuridico, è stato tuttavia, forse impropriamente, portato nell'ambito del diritto e in certo qual senso «giustiziato» (o *aggiustato*) in forma processuale.

Lo spettro di una ricerca che voglia fissare il modo in cui l'inofficiosità testamentaria è entrata pienamente nel mondo del diritto è tale da non potersi certo dire in queste poche pagine. Né invero quella difficile ricerca voglio affrontare: a me basta appuntare una qualche ragionata attenzione sulle prime manifestazioni tracciabili di quel senso di (im)perfezione, il cui sentimento sociale e morale rappresenta indubbiamente il nucleo di quella che sarebbe poi stata la (in)officiosità testamentaria.

Da quando, infatti, nel 1894 apparve nella sezione romanistica della *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* un lungo articolo di Fridolin Eisele dedicato alla *querela inofficiosa*,² lo studio sul tema si è costantemente manifestato quale una migrazione del baricentro della ricerca, dal merito schiettamente giuridico (ricavato all'inizio dalla sola compilazione giustiniana), ai profili socio-culturali: profili che gli studiosi più sensibili sono andati a cercare soprattutto nelle atecniche fonti letterarie. Da quel 1894 (fino ad allora il tema aveva tenuto celati i molti profili interessanti e problematici), una letteratura crescente e sempre più attenta al dato testuale dalla fonte, ha come virato la direzione dell'indagine, che oggi sarebbe impensabile coltivare sul metro esclusivamente giuridico.

Lo studio di Eisele, nuovo e antico al tempo stesso, si poneva in continuità con le tesi del passato, che ivi sono diffusamente richiamate e discusse, ma in antitesi – per così dire – metodologica con gli autori che le avevano formate. E ciò, segnatamente, per via della trattazione principale dell'istituto, condotta al di fuori della sistematica pandettistica, che aveva improntato la migliore produzione germanica di quegli anni ormai lontani.³

pensate senza riferimento alla *querela inofficiosa* – sono finite asservite allo studio di quell'istituto, grazie al destino curioso che si è determinato nella carenza di fonti dirette e tecniche.

2. F. EISELE, *Zur Querela inofficiosa*, in *ZSS*, 15 (1894), pp. 256-306.

3. È in effetti con la scoperta del Gaio veronese, e con la sua diffusione, che si è formata la coscienza compiuta della antistoricità del sistema giustiniano, o, meglio, dell'uso che di esso si faceva nelle scuole e nei tribunali fin senza dubbio ai tempi di Eisele. L'insuperabile insufficienza della compilazione fu metabolizzata gradualmente: la coscienza della dimensione storica del diritto romano maturò definitivamente soltanto con l'inizio del XX secolo: fu l'introduzione in Prussia del *bürgerliches Gesetzbuch* e la conseguente fine della effettività normativa del *corpus iuris* nel mondo germanico, che tanto lo aveva studiato in quella chiave. Seguì un momento acerrimo di autentico rigetto della compilazione, vessata senza requie da una ricerca filologica esasperata, eppure mirabile per finezza e scienza, che sembrò voler annichilire per sempre quel *corpus iuris*, che Guglielmo II aveva escluso dal mondo del diritto pratico e che la critica interpolazionistica aveva dimostrato essere una silloge giuridica infida e disinvolta: si aprì infatti una stagione di severa e altissima critica testuale culminata nel tempo compreso tra le due guerre mondiali del Novecento e destinata a portare alla ricerca romanistica un frutto che oggi spesso è detto sterile, ma che – ferma la inettitudine alla ricostruzione cara allo storico – rappresenta un importante contributo all'analisi dei testi giuridici che ne hanno attirato la zelante attenzione.

Per quanto scientemente rifiutato, quel giogo finiva tuttavia per riemergere in tale primo studio, laddove le fonti considerate si esaurivano nei passi raccolti nella compilazione giustiniana: alla luce del loro esame l'autore tracciava infatti la propria tesi e con il supporto di questi soltanto avviava il tema della *querela* a una importante stagione di studi, la quale – paradossalmente e non senza una qualche ingratitudine verso il (ri)fondatore – avrebbe mostrato con cruda evidenza l'insufficienza assoluta di ogni approccio al tema, che – come quello di Eisele – fosse insensibile, da un lato, agli aspetti metagiuridici che le fonti tecniche tendevano a trascurare, se non anche a tacere; dall'altro al divenire degli istituti nel corso del tempo: divenire scientemente obliterato nella silloge giustiniana e perciò troppo spesso non inteso dai romanisti di antica formazione.⁴

Dunque, per prima cosa, le fonti.

Fonti che, però, in tema di inofficiosità e di *querela inofficiosi* non sono numerose. Per il tempo posto a cavaliere tra la repubblica e il principato, quelle giuridiche mancano pro-

4. Tutto questo si vede bene applicandosi agli studi che, sulla *querela inofficiosi testamenti*, ha prodotto il secolo passato. Secolo che, per quanto qui è di interesse, comincia proprio nell'anno 1894, in cui compariva il saggio di Eisele: il 1930 porta la prima monografia in argomento, scritta da un giovanissimo Giorgio La Pira, che dava così pieno seguito allo studio dallo stesso avviato in occasione della tesi di laurea (G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930): per quanto l'intera costruzione del discorso sia fondata su di una lettura ormai abbandonata – quella dell'origine onoraria della *querela inofficiosi testamenti*, già accolta, in termini diversi, presso M. WŁASSAK, sv. *Centumviri*, in *RE*, 6, Stuttgart, 1899, col. 1935-1952, e F. VON WÖSS, *Das römische Erbrecht und die Erbannväter*, Berlin, 1911 –, le pagine di La Pira recano ancora validissimi spunti ricostruttivi. La seconda monografia dedicata *querela inofficiosi testamenti* viene alla luce nell'anno 1942, per mano dello storico belga E. Renier: l'ampio, suggestivo volume rappresenta il contributo più significativo che la letteratura francofona ha offerto agli studi in materia (E. RENIER, *Étude sur l'histoire de la querela inofficiosi en droit romain*, Liège, s.d., ma 1942). Nel contesto stratificato di cui ho dato finora brevemente conto trovò occasione il primo lavoro di Matteo Marrone sulla *querela inofficiosi*, apparso nel 1955 sulle pagine della rivista *Studia et documenta historiae iuris*. Con questo contributo (M. MARRONE, *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, in *SDHI* 21 (1955), pp. 74-122, = *Scritti giuridici*, Palermo, s.d., ma 2003, 1, pp. 1-51) il Maestro palermitano cominciava a occuparsi di un tema che lo avrebbe variamente impegnato fino alla metà degli anni Sessanta del secolo passato (appuntava infine i risultati preziosi in M. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti (Lezioni di diritto romano)*, Palermo, 1962). Dapprincipio egli si orientò decisamente sulla scia dell'insegnamento di Eisele, facendo propria la distinzione tra due forme procedimentali di *querela* – la *querela centumvirale* e la *querela cognitio* – alle quali partitamente riferire i dati emergenti dalle fonti. La *querela centumvirale* «altro non sarebbe stata che un incidente processuale, sollevato dall'erede legittimo diseredato o preterito senza giustificato motivo, nel corso della fase in iudicio di una *vindicatio hereditatis*»; mutava infine l'A. orientamento in M. MARRONE, *Di nuovo in tema di querela inofficiosi testamenti*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1963, 3, pp. 401-410, 403 (= *AUPA* 27 (1960), pp. 165-184; = *Scritti cit.*, 1, pp. 97-108). Chiude la rassegna della produzione storica in tema di *querela inofficiosi testamenti* il volume omonimo di Luigi Di Lella, apparso nel 1972: monografia importante e innovativa, con la quale l'autore sostiene la tesi fondamentalmente nuova per la quale alla percezione della inofficiosità di un testamento, avvenuta a partire dal tempo di Cicerone e maturata in pieno nei primi decenni dell'era volgare, non fece rapido seguito il rito di deduzione processuale della pretesa all'abbattimento del testamento, comparando invece la prima *querela inofficiosi* in un tempo ben successivo, che può essere precisato nell'età antoniniana (L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972).

prio: Gaio – che già è più tardo – non tratta l'argomento in via principale;⁵ la compilazione giustiniana restituisce un sistema in definitiva compromesso, per via della procurata sua omogeneità alla cognizione straordinaria, che in età postclassica aveva completamente soppiantato l'antico procedimento centumvirale.⁶

C'è però una serie importante di fonti letterarie più risalenti, che è bene tenere nella massima considerazione, visto il risultato che una attenta esegesi loro, unita a una prudente manipolazione, può procurare all'interprete. Si tratta di fonti non sempre – anzi quasi mai – dedicate direttamente al tema, le quali vanno esaminate in ampia latitudine, come ho provato a fare nella serie di piccoli saggi (li ho ricordati nella nota di apertura), che ho dedicato negli anni scorsi a tre lettere di Plinio il giovane e a taluni episodi raccolti da Valerio Massimo nella rassegna aneddottica ormai universalmente nota come *Facta e dicta memorabilia*.

Sulla scia di quei saggi e in prosecuzione della strada perciò avviata con Plinio e con Valerio Massimo, voglio adesso occuparmi di Cicerone, che almeno due volte ha toccato il tema in maniera tale da destare l'interesse mio (e non solo mio). Per quanto già largamente studiati in letteratura e sempre richiamati nei lavori dedicati alla *querela*, si tratta di passaggi che meritano ancora attenzione, se non altro perché costituiscono a oggi la prima attestazione, in un caso anche lessicale, dell'invalidità testamentaria.⁷

Non occorre – credo – spendere troppe parole sulla biografia e l'opera del celebre Arpinate, che sono note a tutti: autentico *monstrum* letterario della latinità, grazie anche a una massiccia e fortunata tradizione dei testi, che ci ha restituito la prova felice di una lingua

5. Lo fanno invece le Istituzioni di Giustiniano, in 2.18, che però, se pure debitorie in parte del pensiero classico (evidente la derivazione di Inst. 2.18 *pr.* dalle Istituzioni di Marciano di cui è D. 5.5.2), restituiscono a tratti elementi indiziari non riferibili al rito centumvirale (Inst. 2.18.1: *testamentum inofficiosum accusare*; Inst. 2.18.1: *ex sacris constitutionibus* – il riferimento è a C. 3.28.27; Inst. 2.18.2: *secundum nostrae constitutionis divisionem* – C. 8.47.10; Inst. 2.18.3: *nostra constitutio* – C. 3.28.30; Inst. 2.18.6: *nostra constitutio* – C. 3.28.35.2). E ciò per le ragioni di cui alla nota che segue.

6. Come è noto, l'imperatore Giustiniano ordinò la composizione del Digesto per offrire agli operatori del diritto un prontuario pratico che consentisse loro di accedere alla migliore produzione giuridica che, plurisecolare, complessa e ormai davvero troppo sottile per quel tipo di utente, rischiava di essere (anzi effettivamente era) ignorata o non compresa nei tribunali dell'impero. Escluso perciò ogni intento filologico o conservativo, la compilazione offre quanto di meglio i commissari giustiniani reperirono in letteratura, ma lo fa *aggiornando* ogni cosa al tempo della compilazione e aggiustando assai disinvoltamente i testi, in modo che fossero intesi in conformità della sostanza e del processo vigenti al tempo di Giustiniano. Antistoricamente si sarebbe poi detto di quell'imperatore che «tolse il troppo e il vano». La lettura del Titolo XXVIII del libro III del codice giustiniano, dedicato alla *querela inofficiosa*, consente da sola l'apprezzamento del massiccio intervento legislativo che si è registrato sul tema, di talché sarebbe ingenuo ricercare in quella sorta di prodotto sintetico della stratificazione normativa e giurisprudenziale che è il *corpus iuris* i principi genuinamente classici che giovano alla ricostruzione degli istituti nella loro effettività tardorepubblicana o altoimperiale; e ciò anche quando il testo accolto nella compilazione è espressamente riferito alla produzione di un giurista classico.

7. Si tratta di Cic., 2 *in Verrem*, 1.107 e di Cic., *pro Cluent.*, 15.45.

viva, limpida e precisa;⁸ oratore spesso coraggioso, sempre efficace e finissimo, autore di fertili opere retoriche e filosofiche; politico di primo piano, anche se non sempre acuto nelle scelte pragmatiche, console nel 63 a.C.; pagò con la vita i tentativi maldestri di vincere l'isolamento in cui si era venuto a trovare negli ultimi anni, incapace di indovinare il corso degli eventi che sancirono la fine della repubblica. Sono tutte cose ben conosciute, che richiamo in estrema sintesi soltanto per sottolineare la complessivamente elevata affidabilità della fonte, specialmente quando riporta elementi che afferiscono all'esperienza giuridica, di cui Cicerone è stato consapevole testimone, se non talvolta protagonista.⁹

La fonte più antica nella quale sia menzionata non la *querela inofficiosi*, ma la situazione contraria alla ragionevole aspettativa di successione nutrita dai prossimi congiunti, situazione che oggi è comunemente detta di inofficiosità del testamento, è rappresentata da un breve passaggio di un'orazione ciceroniana contro Gaio Verre: più esattamente della seconda delle due scritte nel 70 a.C., in occasione del celebre processo che fu in quell'anno intentato dai provinciali di Sicilia contro il loro *ex* governatore.¹⁰

Due sono però i passaggi nel *corpus* ciceroniano che rilevano nello studio della *querela*. Il primo e più antico proviene – l'ho detto – dalla seconda orazione *in Verrem*;¹¹ l'altro si trova nella successiva *pro Cluentio*. Il secondo costituisce la fonte a mio avviso più fertile, in quanto idonea a rappresentare con viva concretezza quella sorta di ineffabilità giuridica che caratterizza il vizio dell'inofficiosità.

Andando per ordine, il numero che segue tratterà del passaggio relativo al testamento di Asellio, proveniente della seconda orazione *verrina*; quello invece successivo, delle turpi congetture che Cicerone attribuisce a Oppianico nella *pro Cluentio*. Chiudono, al numero 4, conclusioni di sintesi, atte a fermare i risultati raggiunti.

2. Nella seconda orazione *in Verrem*, Cicerone sosteneva la difesa dei provinciali di Sicilia, che lamentavano i soprusi subiti dal governatore Gaio Verre nel tempo in cui

8. Ho confrontato altrove il modo di riferire lo stesso episodio da parte di Valerio Massimo e di Cicerone, mostrando l'enorme e quasi imbarazzante distacco logico e formale che separa la qualità della produzione dei due autori: alluvionale l'uno, quanto sorvegliatissimo l'altro: G. GULINA, *La cognizione centumvirale*, cit., p. 98.

9. Cicerone non fu un giurista e la sua produzione non è giuridica. Certamente fu esperto di cose giuridiche e fu un avvocato di successo. Al pari di Plinio il giovane, pure avvocato (specialista di successioni), l'Arpinate merita molto credito proprio per l'esperienza sua concreta del foro, che ne rende ogni testimonianza attendibile e concretamente diretta.

10. Da qui prende le mosse anche la trattazione dell'istituto in P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, 2, *Parte speciale*², Milano, 1963, pp. 670 ss.

11. Me ne sono occupato in un saggio dedicato a Bernardo Santalucia e vi ritorno adesso con un diverso approccio; in G. GULINA, *Cum intellegam legem Voconiam. Il ruolo del pretore circa l'apprezzamento della ricorrenza dei presupposti di applicazione della legge*, in *Iuris quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli, 2010, pp. 121-155, *passim*, mi sono infatti concentrato essenzialmente sugli aspetti sostanziali e processuali dell'editto di Verre, diffondendomi poi criticamente sulla *ratio* della legge Voconia, che il pretore avrebbe (mal)interpretato e quindi applicato in ragione della analogia costruita su quella (mal)interpretazione.

questi aveva, da propretore, governato la provincia.¹² Come era caratteristico nei processi dell'antichità classica, l'accusa ricostruiva a tutto tondo la figura dell'imputato, ascrivendogli ogni genere di misfatti, senza punto limitarsi (o anche solo orientarsi) al fatto per cui questi era effettivamente tratto a giudizio. Nella parte che mi interessa, Cicerone infatti tratta del modo in cui Verre, ben prima di essere governatore a Siracusa, aveva gerito la pretura a Roma: l'oratore insisteva sulle modalità nefaste con le quali l'imputato aveva esercitato quella magistratura, divenuta – a suo dire – sinistramente nota.¹³

[Cic., 2 in Verr., 1.103] *verum ad illam iam veniamus praeclearam praeturam... quapropter ita me de praeturae criminibus auditote...*

L'attenzione della giuria è presto portata laddove ci interessa, ovvero sulla vicenda della successione di P. Annio Asello, il quale era morto nell'anno 75 a.C., quando era pretore urbano C. Sacerdote, predecessore di Verre nella magistratura giudicante.

Erede testamentaria di Publio Annio era la sua unica figlia. Istituire la fanciulla, chiosa Cicerone, era perfettamente conforme al *ius civile* e al diritto onorario vigente al tempo della morte dell'ereditando, oltretutto a consuetudine ed equità:

[Cic., 2 in Verr., 1.104] *faciebant omnia cum pupilla, leges, aequitas, voluntas patris, edicta praetorum, consuetudo iuris eius quod erat tum cum Asellus est mortuus.*

E invece le cose andarono diversamente.

Sebbene ricchissimo, l'ereditando non era iscritto nella classe censitaria, che senza dubbio gli competeva: da molti anni a Roma non veniva fatto un censimento e coloro che si erano arricchiti nel frattempo non potevano essere correttamente censiti. Non essendo censito nella prima classe del comizio centuriato – *neque census esset* –, P. Annio Asello avrebbe dunque potuto ben istituire erede la figlia, senza timore di incappare nel divieto introdotto nel 169 a.C. dalla legge Voconia, che infatti vietava ai cittadini iscritti nella prima classe di censo di far testamento in favore di una donna.¹⁴

12. L'orazione non fu mai pronunciata: avvalendosi della tradizionale facoltà di salvarsi *in extremis* abbandonando Roma, l'imputato si diede all'esilio prima che il processo riprendesse il proprio corso aggiornato e l'avvocato Cicerone svolgesse l'*actio secunda*. L'orazione potrebbe essere stata scritta e pubblicata perché fossero noti gli argomenti gravissimi di cui disponeva l'accusa e che l'interruzione del processo aveva lasciato giudizialmente indedotti. È tuttavia più verosimile che l'oratore avesse voluto comunque completare il proprio compito (ormai processualmente terminato), solo per dare piena prova delle proprie capacità: del resto tutte le orazioni giudiziarie (e non solo) che ci sono giunte per via letteraria sono il frutto di abbellimenti e di ampliamenti successivi, tutt'altro che secondari: terminato il processo, l'autore soleva infatti manipolare il testo effettivamente pronunciato per trasformarlo in una versione esemplare, destinata negli intendimenti alla tradizione. Sulla figura di Verre, segnalo il saggio comparso recentemente di L. FEZZI, *Il corrotto*, Bari, 2016.

13. Seguo la lezione ristabilita da G. PETERSON, *M. Tulli Ciceronis orationes*², Oxford, 1917 (rist. 1954).

14. Per ragioni essenzialmente legate alla conservazione degli assetti del comizio centuriato, che era la massima assemblea politica della Roma repubblicana e che funzionava con il voto dei soli cittadini maschi componderato in ragione della posizione censitaria di ognuno, la legge Voconia vietava che un cittadino maschio iscritto nella massima categoria censitaria (e dunque avente diritto a un voto comiziale *pesante*), potesse

Secondo Cicerone, Verre avrebbe però intuito la possibilità di applicare comunque alla fattispecie in esame il divieto voconio e ciò, essenzialmente, al fine di poter conseguire un profitto, previo accordo illecito con la parte interessata a tale applicazione. Verre avrebbe infatti potuto affrontare il problema della formale inapplicabilità del divieto voconio in mancanza dell'effettivo censimento dell'ereditando in prima classe, che del divieto era il presupposto. Lavorando in analogia, il futuro pretore avrebbe provveduto affinché la legge trovasse applicazione anche al testamento di Publio Annio, con la conseguenza che, caduta l'istituzione della figlia, si sarebbe aperta la chiamata del sostituto.

A Lucio Annio, che era l'erede istituito in sostituzione della pupilla, Verre fece intendere dunque di poter emanare un editto, per il quale gli sarebbe stata conferita la cospicua eredità:

[Cic., 2 in Verr., 1.105] *iste praetor designatus ... appellat heredem L. Annum, qui erat institutus secundum filiam...; dicit se posse ei condonare edicto hereditatem. docet hominem quid possit fieri. Illi bona res, huic vendibilis videbatur.*

L'espedito che, da pretore, egli avrebbe adoperato sarebbe consistito nella interpretazione tendenziosa del disposto proprio della legge Voconia, per la quale chi fosse stato iscritto nella prima classe censitaria non avrebbe potuto chiamare una donna alla propria eredità: recando la istituzione della figlia, il testamento di P. Annio sarebbe perciò stato civilisticamente nullo *in parte qua*, ove costui fosse stato previamente *census*; non essendolo tuttavia per il solo fatto accidentale del mancato svolgimento del censimento quinquennale, Verre avrebbe fatto applicazione estensiva del divieto, sul presupposto che l'ereditando godeva della ricchezza idonea all'iscrizione in prima classe e che perciò l'accidentale sua non iscrizione avrebbe dovuto essere ignorata. Superata onorariamente la chiamata testamentaria della figlia dell'ereditando e annichilitone perciò l'effetto, ecco che sarebbe conseguita l'attualità della vocazione del sostituto.¹⁵

istituire erede una donna: ciò perché l'apporto di costui al deliberato comiziale, validamente proseguito nel caso di erede maschile (in quanto uomo, l'erede avrebbe votato), sarebbe venuto meno in caso di erede femminile (in quanto donna, l'erede non avrebbe partecipato al comizio). Al tempo della successione di Asellio, la situazione era in realtà più complessa, giacché, abolitasi con la riforma sillana la censura, nessun censimento si era più svolto ormai da lustri: Publio Annio non era stato perciò censito né in prima – come avrebbe dovuto essere per il patrimonio posseduto – né in altra classe inferiore: da qui il ragionamento di Verre, circa la possibilità di estendere il divieto gravante sui censiti effettivi di prima classe anche a coloro che censiti non erano, ma che lo sarebbero stati, sol che si fosse tenuto il censimento. Ho trattato il punto, a mio avviso non sempre rettammente inteso in letteratura in G. GULINA, *Cum intellegam* cit., 151, dove anche è richiamata la letteratura. Da aggiungere tuttavia i successivi A. McCLINTOCK, *The Lex Voconia and Cornelia's Jewels*, in *RIDA*, 60 (2013), pp. 183-200, pp. 186 ss.; L. PEPPE, *Civis Romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma Antica*, Lecce, 2016, pp. 260 ss.

15. Poiché una simile soluzione doveva fare specie anche allo stesso Verre, il pretore non trascurò la trattativa con la parte della pupilla, in persona della madre e dei tutori. Si trattava alla fin fine di prendere denaro o per emettere l'editto o per non emetterlo: *iste, tametsi singulari est audacia, tamen ad pupillae matrem submittebat; malebat pecuniam accipere, ne quid novi ediceret, quam ut hoc edictum tam improbum et tam inhumanum interponeret* (Cic., 2

Ai sensi pertanto di un editto, che l'oratore si compiace di qualificare *tam improbum et tam inhumanum*,¹⁶ la sanzione comminata dalla legge del 169 veniva surrettiziamente estesa al testamento di Publio Annio Asello, nonostante che questi non fosse *census* e dunque non si trovasse nella qualifica soggettiva che era presupposto di applicazione del divieto voconio.

L'editto aveva natura dichiaratamente interpretativa della legge, come si evince dalle prime parole, riprodotte nell'orazione:

[Cic., 2 in *Verr.*, 1.106] *CUM INTELLEGAM LEGEM VOCONIAM...*

In definitiva – e vengo al passaggio che interessa lo studio della inofficiosità – il pretore riuscì a impedire che l'asse di P. Annio fosse assegnato alla figlia, nonostante l'esistenza di un testamento assolutamente immune da ogni possibile censura.

Ed è proprio nella rassegna delle censure dalle quali quel testamento andava precisamente esente, che compare per la prima volta in un contesto rilevante in materia successoria il qualificativo *inofficiosum*.

[Cic., 2 in *Verr.*, 1.107] *iure legibus auctoritate omnium qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum.*

È interessante osservare la fenomenologia tripartita delle possibili patologie idonee, in ipotesi, a viziare il negozio: *improbum*, *inofficiosum*, *inhumanum*. nessuna delle tre impegna un significato anche soltanto prossimo alla illegittimità civilistica: la valutazione di Cicerone è chiaramente condotta alla luce di un metro che non è giuridico.

Questa, non a caso, è la prima attestazione nel tempo della (in)officiosità di un testamento (né importa che nella specie il vizio sia richiamato per escluderne la ricorrenza). Ed è un'attestazione che dimostra l'esistenza di un piano di dovere che non è giuridico, ma che non perciò solo è meno «doveroso».

Si tratta di una doverosità che è quasi un'«impellenza» materiale, un desiderio di naturale compiutezza, che spinge verso un esito – verrebbe da dire – comandato dalla natura delle cose: che cos'altro avrebbe infatti dovuto fare Publio Annio, se non istituire la propria unica figlia? Come altrimenti avrebbe potuto costui sentirsi a posto con la propria coscienza, se non precisamente beneficiando la fanciulla?

in Verr., 1.105). Alla fine si aggiudicò l'affare L. Annio: la somma richiesta non era indifferente e i tutori della figlia dell'ereditando – nell'imbarazzo della ricerca (impossibile) di un titolo cui imputarla nella contabilità – ritennero di non poterla versare senza loro rischio. E ciò nonostante che il pretore li sollecitasse in ogni modo, consapevole del minor rischio per lui della soluzione omissiva, rispetto alla commissiva dell'emissione di tanto editto: *tutores pecuniam praetori si pupillae nomine dedissent, grandem praesertim, quem ad modum in rationem inducerent, quem ad modum sine periculo suo dare possent, non videbant; simul et istum fore tam improbum non arbitrabantur; saepe appellati pernegaverunt* (Cic., 2 in *Verr.*, 1.106).

16. Curiosa è nella diade l'eco della fenomenologia tripartita dei vizi del testamento in Cic., 2 in *Verr.*, 1.107: *non improbum, non inhumanum, non inofficiosum*. Si continui a notare che i piani attinti dagli aggettivi sono sempre metagiuridici.

3. Questo dell'«impellenza» è davvero il punto da mettere a fuoco. Benissimo si presta allo scopo il secondo dei passaggi ciceroniani in rassegna, al quale subito mi dedico: si tratta di una breve porzione della orazione difensiva pronunciata *pro Cluentio* dall'Arpinate, nel 66 a.C., nell'ambito di un delicato processo criminale, promosso per la repressione dell'omicidio di Oppianico, che era patrigno dell'imputato Aulo Cluenzio Abito: se da un lato è vero che nel testo non ricorre il segno (*in*)*officiosum* che si leggeva nella verrina, è vero dall'altro che adesso è chiaramente resa quella situazione di «impellenza», che già ho evidenziato nelle ultime volontà di Publio Annio Asello e che mi propongo di indagare più attentamente in margine allo studio di questo secondo passaggio.

Preliminarmente è bene osservare come, nel volgere di quattro anni (la seconda verrina è del 70 a.C.; la *pro Cluentio* del 66) si registrino due indizi attestanti la buona qualità della aspettativa a succedere nutrita dai prossimi congiunti dell'ereditando: ferma la libertà pienissima di testare, che era concessa a Roma al cittadino, forte era perciò l'aspettativa a succedere di coloro che in vita più gli erano stati legati secondo soprattutto vincoli di sangue.¹⁷

Come infatti Cicerone considera rispondente a *pietas* l'officioso testamento di Annio Asello ricordato nell'orazione *in Verrem*, così lo stesso oratore dimostra di percepire come «irregolare» la circostanza che in un testamento fosse trascurata l'aspettativa a succedere della madre dell'ereditando.

Di questo precisamente si tratta nella parte della *pro Cluentio* che mi avvio a considerare.¹⁸

[Cic., *pro Cluent.*, 15.45] *nam Habitus usque ad illius iudicii tempus nullum testamentum umquam fecerat: neque enim legare quicquam eius modi matri poterat in animum inducere neque testamento nomen omnino praetermittere parentis.*

Il contesto dell'orazione è assai complesso, onde – per capire meglio – è opportuno allargare momentaneamente l'orizzonte, prima di addentrarsi nel merito dell'episodio.

Siamo infatti – l'ho anticipato – nell'ambito di un giudizio criminale, nel quale Aulo Cluenzio Abito era stato tratto per l'omicidio del patrigno Oppianico. La vicenda processuale aveva preso le mosse con l'accusa promossa da Sassia, madre dell'imputato e moglie (*rectius*: vedova) della vittima: accusa questa, che rappresenta forse il tassello apicale di una vita fatta di crescente dissoluzione. Così almeno secondo Cicerone che, sul torbido passato della donna ha fondato gran parte della orazione, nel tentativo di azzerarne la credibilità. Né, per il medesimo scopo, viene risparmiato il marito di lei, ovvero proprio

17. Chiaramente le situazioni portate in processo (e poi immortalate nella versione scritta dell'orazione) risalgono entrambe a qualche anno prima. Sulla libertà testamentaria in diritto romano e, in particolare, sulla successione necessaria formale e sostanziale, si veda la sempre valida e messa a punto di P. VOCI, *Diritto ereditario* cit., pp. 2632 ss.

18. Seguo la lezione ristabilita da A. CURTIS CLARK, *M. Tulli Ciceronis orationes*, Oxford, 1905 (rist. 1951).

quell'Oppianico, la cui morte violenta era precisamente il fatto criminale oggetto del processo in cui fu pronunciata l'orazione in esame.

Contrariamente a quello che ci potrebbe aspettare in ogni processo per omicidio, Cicerone svolge la difesa del suo cliente tratteggiando un quadro più che infamante della vittima e di sua moglie, con l'effetto grottesco e paradossale che il processo celebrato per la giusta punizione di chi fosse stato accertato essere l'assassino di Oppianico diveniva il palco dal quale sciorinare – veri o falsi che fossero – gli infiniti misfatti della vittima.¹⁹

Il passo in esame costituisce un chiaro esempio di che cosa intendo per screditamento. Nel punto dal quale ho estratto il passaggio sopra riprodotto, l'oratore stava infatti raccontando delle laide considerazioni cui si abbandonava, fra sé e sé, il patrigno, in margine alla difesa svolta in una causa importante, in cui Cluenzio e Oppianico (entrambi erano oratori giudiziari), già legati dal fatto del matrimonio della madre del primo con il secondo, si trovarono a sostenere in giudizio le opposte ragioni. Non giova allo stato scendere nel merito della controversia che li impegnava; è sufficiente riportare quanto segue:

[Cic., *pro Cluent.*, 15.44] *suscepta causa Romamque delata magna cotidie contentiones inter Habitum et Oppianicum ex utriusque studio defensionis excitabantur. erat ipse immani acerbisque natura Oppianicus: incendebat eius amentiam infesta atque inimica filio mater Habiti. magni autem illi sua interesse arbitrabantur hunc a causa Martialium removeri. suberat etiam alia causa maior, quae Oppianici hominis avarissimi atque audacissimi mentem maxime commovebat.*

Maliziosamente – per non dir peggio – Oppianico, che forse stava incassando l'esposizione orale degli argomenti fondati di controparte e già si prefigurava una sentenza a lui sfavorevole e favorevole invece a Cluenzio, pensava a quanto gli avrebbe providenzialmente giovato, in quel momento, una eventuale prematura scomparsa del figliastro: e ciò tanto nella conduzione della causa *suscepta*, che forse ancora poteva esser vinta, se fosse cessata l'opera abile dell'avvocato avversario, quanto in un'altra (e assai più ricca) *causa*, che molto gli stava a cuore.

19. Né lo screditamento si è contenuto nel momento processuale, dato che la fortuna letteraria dell'opera dell'Arpinate ha finito per incidentalmente perpetrarlo nei secoli, propinando a generazioni di studiosi e di studenti l'infamante ritratto che della vittima ha fatto l'avvocato dell'imputato nel dibattimento del processo che, a bene vedere, intendeva vendicare il povero Oppianico e non invece infangarne la memoria. Per quanto anche ho detto a proposito dell'orazione in *Verrem*, che – cioè – in dibattimento, l'accusatore diceva ogni male dell'accusato, si spiega il successo di pubblico che riscuoteva immancabilmente il processo criminale dell'antica Roma (segnatamente quello *per quaestiones*): l'oratore dell'accusa infamava l'accusato; quello della difesa rendeva la cortesia all'accusatore, entrambi screditavano senza remora alcuna i testimoni, secondo che fossero a favore o a carico del proprio assistito. Unito il fatto che il processo pubblico, un po' come tutto il diritto, riguardava essenzialmente la *élite* dominante, che tratti a giudizio erano sovente potenti o *ex* potenti, che gli avvocati nei processi importanti erano i migliori oratori allora in attività e che la discussione era manifestazione altissima della loro molto apprezzata arte, ecco che, immancabilmente, l'occasione giudiziaria si trasformava in un autentico spettacolo.

Al pensiero già truce del primo vantaggio che egli avrebbe ritratto dalla morte dell'avversario processuale, se ne aggiunse presto un secondo più turpe ancora: la morte di Cluenzio – così ragionava Oppianico secondo Cicerone – avrebbe aperto senza dubbio la successione onoraria di lui in favore della madre.

Dunque, con l'auspicata possibile morte del figliastro, oltre ad avere miglior gioco nella causa allora in discussione, Oppianico, pur non acquistando giuridicamente i beni relitti da Cluenzio (li avrebbe avuti *in bonis* Sassia), avrebbe visto questi materialmente comunicarglisi, almeno fin quando fosse durato il matrimonio che lo legava alla madre di lui: precisazione indispensabile, visto che – Cicerone l'avrebbe senza dubbio sottolineato – l'esperienza insegnava bene come per nessuno l'amore di Sassia sarebbe stato eterno.

[Cic., *pro Cluent.*, 15.45] *nam Habitus usque ad illius iudicii tempus nullum testamentum umquam fecerat: neque enim legare quicquam eius modi matri poterat in animum inducere, neque testamento nomen omnino praetermittere parentis. id cum Oppianicus sciret – neque enim erat obscurum – intellegebat Habito mortuo bona eius omnia ad matrem esse ventura; quae ab sese postea aucta pecunia maiore praemio, orbata filio minore periculo necaretur. itaque his rebus incensus, qua ratione Habitus veneno tollere conatus sit cognoscite.*

Per quello che adesso mi preme evidenziare, l'episodio si riduce al breve, ma fondamentale, inciso riportato per primo: Cluenzio – ritiene Oppianico – in quel tempo non aveva sicuramente confezionato un testamento; morendo lui, facilmente la madre ne avrebbe ottenuto l'asse per successione onoraria.²⁰

Il punto sta tutto nelle ragioni per le quali Oppianico poteva, non a torto, nutrire quella interessata certezza:²¹

[Cic., *pro Cluent.*, 15.45] *...neque enim legare quicquam eius modi matri poterat in animum inducere, neque testamento nomen omnino praetermittere parentis.*

Cluenzio – ragiona il patrigno – non poteva aver fatto allora un testamento, perché trattenuto dalla grave situazione che, per via proprio del biasimato matrimonio con Oppianico, lo vedeva dolorosamente opposto alla madre.

Il fatto che Assia fosse al tempo moglie di Oppianico doveva, nel fondato ragionamento di costui, impedire a Cluenzio di confezionare un testamento sostanzialmente conforme al comune sentire di un figlio verso sua madre (che poi era il giusto e pio sentimento di Cluenzio), ovvero un testamento che contemplasse tra i beneficiari delle disposizioni universali o particolari la madre dell'ereditando.²²

20. *Rectius*: ricorrendo la madre al pretore, questi avrebbe verificato l'inesistenza di un testamento e perciò concesso in di lei favore la *bonorum possessio sine tabulis*, prevenendo il corso della successione legittima, che avrebbe invece premiato l'*adgnatus proximus* di Cluenzio.

21. Un punto invero interessante, stante la datazione dell'episodio: ferma evidentemente la soluzione di una *bonorum possessio*, il dubbio insiste sul grado di maturazione del rimedio, sulla sua eventuale assunzione già allora in editto, sulla sua generalizzata applicazione (e mi pare che dal passo in esame si possa prudentemente ricavare un indizio a favore della maturità del rimedio e del suo inserimento in editto, se davvero Oppianico poteva svolgere in piena sicurezza quel disinvolto ragionamento, prevedendo che l'*adgnatio* di Sassia sarebbe stata accolta).

22. E ciò perché, specialmente, non avendo Cluenzio figli propri, l'aspettativa successoria dell'ascendente

Un testamento che in nulla beneficiasse Assia, la quale pur sempre era madre dell'ereditando, doveva ripugnare a Cluenzio, come pure avrebbe ripugnato senza dubbio a chiunque, e avrebbe come eternato negli effetti il momento corrente di opposizione, che forse sarebbe stato con il tempo superato, potendosi – chissà – ipotizzare un futuro più disteso, nel quale poter serenamente testare.

Per contro, le ragioni dell'opposizione tra Cluenzio e Sassia erano talmente profonde allora, che un testamento di lui in favore di lei davvero non poteva formarsi per il senso contrario di una diversa e altrettanto forte ripugnanza che tratteneva il giovane.

Certo era soltanto il fatto che, al momento, la situazione particolare non consentiva di istituire Assia o di legare comunque sufficientemente in suo favore; purtuttavia la situazione, per così dire, generale, *in primis* il rapporto di filiazione, viceversa lo imponeva a gran voce: questo il patrigno lo sapeva benissimo. E proprio perché lo sapeva, poteva con sicurezza indovinare che, ove fosse morto in quell'istante, Cluenzio sarebbe morto intestato.

Il ragionamento di Oppianico – continua Cicerone – si alimentava della duplice e antinomica improbabilità che, da un lato, Cluenzio avesse potuto disporre per legato in favore di una tale madre; che, dall'altro, lo stesso avesse potuto trascurare del tutto un genitore dal testamento.

Dunque, nell'imbarazzo vivissimo tra il gravemente testare trascurando la pur immeritevole Sassia, e il disporre sufficientemente in suo indegno favore, sicuramente Cluenzio aveva preferito rinviare.

E come dargli torto?

Rinviiando la formazione di un testamento, la morte auspicata che lo avesse prematuramente colto in tanta immobile ambascia, avrebbe aperto la successione *ab intestato* che, declinata nel senso onorario della *bonorum possessio sine tabulis*, avrebbe premiato proprio la colpevole Sassia e, per lei, il colpevolissimo Oppianico.

4. In linea con la prudenza che generalmente si riscontra in letteratura, non mi pare che i due passi esaminati abbiano una seria rilevanza in punto di ricostruzione della storia (o della preistoria) della *querela inofficiosi*, non almeno per quanto attiene ai profili processuali del rito che, nell'età successiva, si intese con tale locuzione: chiara tuttavia è l'importanza loro nella attestazione della percezione diffusa di una necessità metagiuridica, la cui invasione macchiava testatore e testamento, e nella dimostrazione che quella necessità era fondata sui più stretti vincoli cognatizi.²³

assunse toni di molto concreto affidamento. Più aderentemente alla fonte, l'alternativa doveva limitarsi al confezionare o meno Cluenzio un legato in favore della madre.

23. M. MARRONE, *Querela* cit., p. 51 nt. 1 ricava dal passo della *pro Cluentio* il fatto che «non è senza pericolo l'omissione della propria madre: il riferimento alla questione di inofficiosità è evidente»: se è chiaro anche a me il riferimento alla inofficiosità, mi sfugge invece il pericolo cui va incontro il testamento viziato, restando nei

I passi infatti nulla dicono sul modo in cui era possibile dolersi da parte di coloro che avevano visto disattese le proprie aspettative qualificate; a rigore, neppure dicono se fosse possibile dolersi rivolgendosi a un qualche giudice. Dalla testimonianza di Cicerone non si ricava la possibilità di portare nel mondo giuridico, e quindi di «giustiziare», quella percepita imperfezione.

Ciononostante, netto è il rilievo del contributo che, dai passi in esame, può essere ritratto ai fini dello studio della sostanza della situazione che, in prosieguo di tempo, sarebbe stata giudizialmente dedotta attraverso la *querela*, e avrebbe assunto la denominazione, alquanto artificiale, di inoffiosità.

Resta certamente il silenzio in punto di rito, giacché inutilmente si compulserebbe la duplice fonte allo scopo di chiarire se, negli anni Sessanta del I secolo a.C., al mancato erede fosse stato in qualche modo possibile reagire, ovvero se alla inoffiosità pur patente di un testamento che ne disattendesse l'aspettativa successoria, l'*exheres* non potesse che rispondere con l'equanime *patientia*, che di poi sarebbe divenuta una prova virtuosa del più splendido degli *officia pietatis* verso il pur incostante genitore.²⁴

Anzi: il caso della successione di Publio Annio Asello dimostra paradossalmente come, al contrario di ogni dover essere, il testamento di lui sia andato incontro a disapplicazione processuale, palesando con ciò un argomento ulteriore di biasimo verso il pretore infame e infamato di allora (argomento che però Cicerone non poteva al tempo indovinare), nella misura in cui l'intervento suo d'*imperium* aveva finito col portare una soluzione materialmente inofficiosa, laddove la fattispecie era stata costruita invece secondo officiosità. Ai molti torti di Verre potrebbe aggiungersi perciò quello ulteriore, di avere male *intellectus*, non tanto *legem Voconiam*, quanto il senso stesso del divenire ordinamentale, che in quegli anni piegava verso la considerazione

limiti letterali della fonte (diversamente appoggiandosi alla testimonianza di episodi coevi, come è quello riferito da Val. Max., 7.7.5). Da Cicerone si ricava l'imbarazzo di Cluenzio di fronte alla confezione di un testamento in cui – stando le cose come stavano – egli avrebbe senza dubbio trascurato la madre: è sufficiente all'economia logica del passo la considerazione del disvalore sociale che ciò avrebbe potuto gettare sull'ereditando, senza nulla dovere (e potere) inferire a proposito della possibilità di impugnazione il testamento. Anche P. VOCI, *Diritto ereditario* cit., p. 2671, ricava dal passo che «non è priva di pericoli la omissione della propria madre», ricordando come l'inoffiosità si fosse affacciata già in Cic., 2 in *Verrem*, 1.42.107 e come da Val. Max., 7.7.5 si apprendesse di un intervento onorario dell'anno 70 a.C., per il quale fu superato il disposto di un testamento iniquo (precisa comunque il Maestro patavino che, per rinvenire una compiuta denuncia centumvirale di inoffiosità, occorre attendere il 56 a.C., anno della successione di Carseolano, di cui dice Val. Max., 7.7.2). Ancora nel senso del «non essere scevra di pericoli la omissione della propria madre nel testamento», L. DI LELLA, *Querela inofficiosi*, cit., p. 53.

24. Il riferimento è all'episodio di Afronia, narrato in Val. Max., 7.8.2: *vita Tuditani demens, Aebutiae autem, quae L. Meneni Agrippae uxor fuerat, tabulae testamenti plenae furoris: nam cum haberet duas simillimae probitatis filias Pletoniam et Afroniam, animi sui potius inclinatione proeecta quam ullis alterius iniuriis aut officiis commota, Pletoniam tantum modo heredem instituit: filias etiam Afroniae ex admodum amplo patrimonio xx nummum legavit. Afronia tamen cum sorore sacramento contendere noluit testamentumque matris patientia honorare quam iudicio conuellere satius esse duxit, eo se ipsa indigniorem iniuria ostendens quo eam aequiore animo sustinebat.*

via via crescente (e infine assoluta) degli indici cognatizi, che invece il pretore aveva trascurato.

Parimenti irrilevante ai fini dell'indagine sul rito è l'episodio di Cluenzio, da cui si ricava soltanto – mi pare – che il testamento di un figlio privo di discendenti, il quale non contemplasse la madre chiamandola alla successione, ovvero onorandola di legato, non sarebbe stato in linea di massima conforme all'*officium pietatis*.²⁵

Nulla in punto della sorte cui il testamento sarebbe andato incontro altrimenti; nulla in punto del procedimento di valutazione del vizio e delle conseguenze dell'eventuale suo formale riscontro.

Ogni possibile considerazione di messa a frutto della duplice testimonianza di Cicerone si contiene, evidentemente e per forza di cose, entro l'ambito sostanziale.

E sulla sostanza merita perciò di concentrarsi conclusivamente.

In prima battuta deve registrarsi la circostanza innegabile che, con l'anno 70 a.C., si avvia la storia di quella che finirà col divenire la *querela inofficiosi testamenti*, intesa quale procedimento che veste processualmente la reazione del mancato erede alla inofficiosità del testamento che non lo ha contemplato. E non è poco, considerato che, assai innaturalmente, uno storico del diritto costruirebbe una ricerca sull'introduzione di uno strumento processuale senza adeguatamente indagare sulla domanda sostanziale, cui l'invenzione dello strumento ha inteso rispondere. Né può dirsi essere quella attestata dai passi di Cicerone una sorta di lontana preistoria della *querela*, posto che, nel volgere degli

25. Un poco oltre si sono spinti i già ricordati P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 2671; M. MARRONE, *Querela*, cit., p. 51 nt. 1; L. DI LELLA, *Querela inofficiosi*, cit., p. 53, nel paventare un qualche rischio o pericolo per un testamento inofficioso, rappresentando implicitamente la possibilità del suo abbattimento (immagino) giudiziale. Se ho inteso bene, quella conclusione è stata determinata dalla considerazione dell'intervento onorario del pretore Calpurnio Pisone, contro il testamento del figlio di Terenzio, di cui dice Val.Max., 7.7.5., il quale rappresenterebbe l'atto del rischio che, in potenza, sarebbe gravato sul testamento di Cluenzio, se formato senza menzione della madre. A mio avviso però il caso di Terenzio deve essere ricostruito non alla stregua di una *querela inofficiosi testamenti*, ancorché svolta ante-litteram e presso il *ius* del pretore (l'origine dell'istituto nella giurisprudenza centumvirale è tuttavia ritenuta ormai *communis opinio*), ma in termini di semplice *adgnitio bonorum* seguita da *missio in bona*: da parte il fatto che Valerio Massimo chiama *querella* il ricorso di Terenzio (una sua imprecisione tecnica non sarebbe peraltro inverosimile), la *egregia constitutio* del pretore sembra meglio corrispondere all'attività meramente preparatoria di un esperimento giudiziale di merito, il quale in effetti si affaccia nel passo, laddove è precisato che Terenzio fu doppiamente soccorso dal magistrato: una prima volta con la *missio in bona*, una seconda con la *denegatio* dell'azione che probabilmente gli *heredes scripti* avevano in animo di avviare: *...bonorum adulescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est* (Val.Max., 7.7.5). Il punto è importante e sarà sviluppato meglio in un saggio che conto di poter presto pubblicare sulla diseredazione di Terenzio e sul rimedio accordato dal pretore Calpurnio. Per il momento segnalo M. WLASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozess*, in *ZSS* 33 (1912), p. 140; P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 2.671; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo, 1955, p. 33 nt. 32; ID., *Querela*, cit., pp. 80 ss.; G. NICOSIA, *Studi sulla deiectio*, Milano, 1964, p. 150 e nt. 43; A. WATSON, *The law of succession in the later republic*, Oxford, 1971, p. 70 nt. 6, p. 80, p. 112 nt. 1; J.L. MURGA GENEER, *Derecho romano clásico*, Zaragoza, 1980, p. 276 nt. 393; I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, p. 94; C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, p. 109, pp. 126 ss.

stessi anni tormentati, si ebbe almeno un altro caso di testamento contrario alla *pietas*, avverso il quale fu esperito un rimedio, che portò poi alla soddisfazione del ricorrente. Il fatto è ricordato dallo stesso Cicerone nel *de oratore*:²⁶ un figlio non istituito nel testamento

26. Lo stesso fatto ritorna altresì presso Valerio Massimo che, per quanto sia assai meno apprezzato di Cicerone dagli storici e dai giuristi, sta conoscendo, se non proprio un tardivo apprezzamento, almeno una sicura considerazione entro l'ambito delle fonti di cognizione. Per quanto da sempre conosciuta per via della costante tradizione riservata alla sua opera aneddótica, la testimonianza di Valerio Massimo ha tardato a vedersi considerata dagli studiosi del diritto. Nel saggio importante di F. Eisele, che già ho ricordato, non v'è un solo riferimento all'opera; ciò che stupisce avendo avuto quell'autore il merito di riportare per primo forte interesse sul tema – appunto – della *querela*, affrontato mediante l'esame meticoloso delle fonti, ancorché prevalentemente giustiniane. L'assenza rilevata stupisce ancor di più, se confrontata con l'uso – si direbbe irrinunciabile – che della fonte fanno correntemente gli autori più recenti. Le prime significative utilizzazioni della fonte si sono registrate solo alla fine degli anni Venti del secolo passato e poi nei Trenta, con le monografie, prima di F. BOZZA, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli, 1928, p. 38 (7.8.4), p. 69 e p. 99 (7.8.2), successivamente, di G. LA PIRA, *La successione*, cit., p. 413 ss., nonché, più tardi, con la serie di articoli di Hugo Krüger (H. KRÜGER, *Querela inofficiosi testamenti*, in *ZSS* 57, (1937), pp. 94-111; ID., *Zum römischen Pflichtteilsrecht*, in *Festschrift Paul Koschaker*, Weimar, 1939, 2, pp. 256-276, ID., *Nachträge zur querela inofficiosi testamenti*, in *BIDR* 47, (1940), pp. 63-73). Prima di allora, Val. Max., 7.8.1-2 e 4 erano stati utilizzati, affatto incidentalmente, anche da É. JOBBÉ-DUVAL, *Explication de la loi 16 au code de inofficioso testamento*, 3.28, in *Mélanges Gerardin*, Paris, 1907, pp. 355-397, p. 362, nt. 2. Si tratta in ogni caso di meri richiami della fonte, non mai di analisi organiche dei passi. In una sorta di controtendenza, Friedrich von Wöss, già nel 1911, aveva utilizzato, con una certa diffusione e soffermandosi su taluni aspetti significativi, tanto il capitolo settimo che l'ottavo, discutendone talvolta qualche passo (F. VON WÖSS, *Das römische Erbrecht*, cit., specialmente pp. 202 ss.). È però solo con gli anni Quaranta del Novecento che E. Renier vince – nell'ambito di uno studio forse significativamente non confinato al mondo romano – la diffidenza che prima di lui era nutrita nei confronti della fonte e utilizza, talvolta non senza ingenuità, tutti quanti gli episodi narrati da Valerio Massimo sia nel capitolo settimo (con l'esclusione di 7.7.6) che nell'ottavo, parte prima (E. RENIER, *Étude sur l'histoire*, cit., pp. 78 ss.). Trent'anni dopo compaiono le monografie di Alan Watson e – più specificamente – di Luigi Di Lella: i *Facta et dicta memorabilia* sono finalmente utilizzati, spesso con profitto, nella ricostruzione dell'istituto (A. WATSON, *The law of succession*, cit.; L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*, cit.). Nel frattempo erano intervenuti sul tema della successione necessaria, con un importante saggio, M. MARRONE, *Sulla natura*, cit., p. 83, pp. 96 ss., p. 105, pp. 115 ss., nonché – nell'ambito di una più ampia ricerca – P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., pp. 2671 ss., p. 2674 nt. 25, pp. 2679 ss., p. 2692 nt. 75, p. 2701 nt. 101, p. 2710 nt. 24); l'opera di Voci fece subito presa suggestiva su Marrone, che modificò in parte la propria lettura, abbandonando la tesi prima sostenuta, sulla scia di Eisele, della esistenza di due forme processuali di querela, l'una centumvirale, l'altra straordinaria: M. MARRONE, *Di nuovo in tema*, cit., p. 403; gli episodi narrati da Valerio Massimo cominciano a costituire momento di verifica e supporto delle migliori ricostruzioni del regime processuale della *querela*, ferma restando la peculiare atecnicità dell'opera, peraltro oggetto di recente ed autorevole rivalutazione (circa Val.Max., 9.12.7), quanto alla bontà delle fonti attinte ed alla correttezza della loro manipolazione, operata da U. LAFFI, *La morte del reo nel procedimento de repetundis*, in *Studi in onore di Albino Garzetti*, Brescia, 1996, pp. 231-256, pp. 235 ss. (= ID., *Studi di storia romana e di diritto*, Roma, 2001, pp. 559-586, pp. 563 ss.). Negli ultimi tempi, Oltre a L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, pp. 260 ss. (taciuti i molti richiami in nota); A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso*, in *SDHI* 55, (1989), pp. 98-122, specialmente p. 102 nt. 16, p. 110 nt. 48 (su Val.Max., 7.7.2), p. 117 nt. 73 (su Val.Max., 7.7.4), p. 100 ntt. 8 e 12, p. 110 (su Val.Max., 7.7.5), p. 103, p. 106 nt. 37, p. 109, pp. 117 ss. nt. 73 (su Val.Max., 7.8.4), nonché, fuori del libro settimo, p. 109 nt. 47, p. 99 nt. 6 (su Val.Max., 5.9.2); si vedano inoltre – seppure concentrati sull'età postclassica, il primo; classica, il secondo – A. SANGUINETTI, *Dalla querela alla portio debita. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardoimperiale e giustiniana*, Milano, 1996, pp. 39 ss. (su Val. Max., 7.8.4); S. QUERZOLI, *I testamenti e gli officia pietatis*. Tribunale

del padre, che erroneamente lo aveva creduto premorto, ottiene l'asse previo ricorso al tribunale centumvirale; la specialità della fattispecie consentì la trattazione della domanda in forma di *hereditatis petitio* e dunque il giudice non dovette faticare troppo per trovare il modo di rispondere alla giusta istanza del giovane.²⁷

Non passa tuttavia una generazione, che nelle fonti troviamo un altro caso di inofficiosità, il quale finalmente viene trattato come tale e come tale specialmente affrontato e risolto. Siamo nell'anno 56 a.C. e il rimedio offerto dai *centumviri* si lascia ricondurre al modello della *querela*, pur mostrando elementi processuali di spiccata peculiarità.²⁸ Epperò di *querela* si tratta, come appare evidente se lo si confronta con un caso ancora diverso, in cui – l'anno è il 70 a.C. – il pretore Calpurnio Pisone, d'*imperium*, immette un certo Terenzio nell'asse relitto da un suo figlio già dato in adozione ad altri:²⁹ la fonte chiama quel ricorso vittorioso *querella*, con ciò lasciando intendere come, agli occhi dell'autore, il caso di Terenzio fosse a ogni effetto una prima applicazione del rito speciale che, ai tempi in cui scriveva, era ormai di normale e frequentissima manifestazione. Allo storico certamente non sfugge la peculiarità che impedisce di assimilare la soluzione adottata dal pretore Calpurnio al parametro della *querela inofficiosi testamenti*; non gli sfugge però anche la concitazione del breve volgere di un quindicennio fecondo, all'esito del quale si arriva al conio di una *querela* in senso stretto, che tale resta anche a volerne rilevare (non è difficile) le specialità, che sicuramente la distinguono dal parametro classico del rimedio, il quale sarebbe infine stato dato all'*exheres* avverso l'inofficiosità del testamento che ne avesse tradito le giuste aspettative a succedere.³⁰

centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi, Napoli, 2000, p. 141 nt. 108, p. 169, pp. 216 ss. (su Val. Max., 7.71-5, 7.8.1, 7.8.6).

27. Ho studiato il passo in G. GULINA, *La cognizione centumvirale*, cit., p. 95 ss, giungendo alla conclusione che nella specie si è trattato di una *hereditatis petitio* in senso stretta, risolta dal collegio centumvirale senza bisogno di ricorrere agli argomenti che avrebbero portato in prosieguo di tempo alla creazione della *querela inofficiosi*, come rimedio per situazioni non rimediabili con l'azione petitoria. Sul passo hanno scritto E. RENIER, *Étude*, cit., pp. 78 ss., 190 e 263; L. DI LELLA, *Querela*, cit., pp. 80 ss.; A. SANGUINETTI, *Considerazioni sull'origine del principio sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*, in *SDHI*, 59 (1993), pp. 259-278; G. COPPOLA BISAZZA, *Nascita e declino dell'adagio 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*, in *TSDP*, V (2012), pp. 1-172, p. 56; P. ARCÉS, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano, 2013, pp. 126 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione contra voluntatem defuncti tra vecchi principi e nuove prospettive*, Milano, 2014, p. 149.

28. Elementi che non erano passati inosservati in P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., pp. 2671 ss. Sul caso della successione di Carseolano mi sono concentrato in G. GULINA, *Hereditatis petitio e querela*, cit. Si sono occupati della vicenda G. LA PIRA, *La successione*, cit., p. 415 nt. 1; A. WATSON, *The law of succession*, cit., p. 7 nt. 4, p. 45 nt. 2, p. 62 ss., p. 83 e nt. 4, p. 184 nt. 3, p. 195 nt. 1; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 33 nt. 32 e p. 91 nt. 189; L. DI LELLA, *Querela*, cit., specialmente p. 38 ss., p. 52 ss. p. 98 s.; A. METRO, *La denegatio actionis*, Milan 1972, p. 11, p. 37 nt. 82; L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri*, cit., p. 264 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *La successione contra voluntatem* cit., p. 103 ss.

29. È l'episodio narrato in Val. Max., 7.7.5, che già ho succintamente considerato in una precedente nota di questo stesso numero, con indicazioni bibliografiche.

30. Tale la tesi che ho conclusivamente abbracciato in G. GULINA, *Hereditatis petitio e querela*, cit., pp. 83 s.:

E qui mi fermo.

Sui due casi adesso citati mi sono altrove concentrato e non sto a ripetermi.³¹ In queste pagine ho inteso proseguire una più ampia riflessione sulle fonti, investendo i due passaggi di Cicerone. Ne è risultato, a mio avviso, il rilievo di entrambi nello studio della successione in diritto romano, in genere, e degli istituti, in specie, che attengono al modo del progressivo e crescente sentimento della necessità sostanziale della successione di taluni congiunti dell'ereditando.

Se, da un lato, ho dovuto marcare l'irrilevanza dei passi ai fini della ricostruzione di un qualsiasi profilo processuale, ho voluto dall'altro evidenziare come i due episodi – certamente muti in punto di rito – si collochino in un contesto temporale che prestissimo offre la prova dell'esistenza di importanti novità, per le quali le successioni avviate in direzioni incompatibili con il senso dell'*officium pietatis*, vengono giudizialmente piegate nel verso giusto o giustiziato.

E dunque in passaggi ciceroniani della seconda orazione in *Verrem* (1.105) e della *pro Cluentio* (15.45) possono davvero intendersi come capisaldi temporali della vicenda storica di quella che – certamente non troppo presto, né però troppo tardi – sarà la *querela inofficiosi testamenti*: ingiustamente i due passi sarebbero infatti relegati in una generica preistoria dell'istituto, fatta di un indifeso e indifendibile avvertimento di imperfezione e di una mera impellenza che nessuno sa bene come poter sfogare.³²

a una *querela* preliminare, promossa dall'*exheres* per l'accertamento oggettivo della inofficiosità del testamento, seguono le (relativamente impregiudicate) iniziative petitorie che regolano le situazioni tra il querelante già vittorioso e coloro che nel testamento inofficioso sono istituiti eredi.

31. O meglio, da un lato, effettivamente per non ripetermi (sono comparsi sulla rivista *Iuris antiqui historia* – non sto a rinnovare l'autocitazione già tante volte inelegantemente fatta – i risultati dello studio che ho condotto sui casi riferiti in Val.Max. 7.7.1 e 7.7.2); dall'altro per non pregiudicarmi nella condotta ulteriore dell'indagine sui *Facta et dicta memorabilia*, che porterà presto alla pubblicazione di uno o più saggi su Val.Max. 7.7.3-7.

32. Quest'ultima considerazione mi porta, al tempo stesso, verso l'adesione e verso il rigetto della tesi fondamentale di L. DI LELLA, *Querela inofficiosi*, cit.: senza dubbio avverto anch'io netta nelle fonti l'eco della scollatura tra un tempo di percezione della inofficiosità del testamento che non dia corso alle istanze crescenti di solidarietà cognatizia e che disattenda le probe aspettative di successione dei prossimi congiunti, e un tempo in cui alla percezione fece seguito il rimedio. Tuttavia mi pare di poter affermare che questo secondo tempo, del rimedio, sia sopraggiunto assai prima di quanto ritenuto dallo studioso napoletano, se è vero che – pur nell'inevitabile divenire della selezione di un conio procedimentale bene acconciato – già nella prima metà del I secolo a.C. l'*exheres* aveva un suo sensibile giudice e otteneva da questo il superamento del testamento inofficioso, come con ogni probabilità è successo già nel 56 al giovane Carseolano, il ricordo della cui vicenda dobbiamo a Valerio Massimo.

RIQUALIFICAZIONE DEL MATRIMONIO *SAME-SEX* ESTERO IN UNIONE CIVILE «ITALIANA»: UNA SOLUZIONE IRRAGIONEVOLE

OLIVIA LOPES PEGNA
Prof. associato Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il matrimonio *same-sex* celebrato all'estero nella giurisprudenza precedente l'introduzione della disciplina delle unioni civili in Italia. – 3. La «riqualificazione» del matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani in unione civile «regolata dalla legge italiana».

Con la l. 20 maggio 2016 n. 76,¹ come è noto, il legislatore italiano ha introdotto una regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, oltre ad una disciplina delle convivenze. È stata così colmata una lacuna che era stata evidenziata anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che nella decisione *Oliari e altri c. Italia* aveva accertato una violazione da parte dell'Italia dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per non aver ottemperato all'obbligo positivo di garantire che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali.²

La l. n. 76 del 2016 istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso «quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione» (art. 1, 1° comma, della legge). L'unione si costituisce mediante dichiarazione resa da due persone maggiorenni dello stesso sesso di fronte all'ufficiale di stato civile, alla presenza di due testimoni (art. 1, 2° comma, della legge). Quanto alla disciplina sostanziale, i successivi commi dell'art. 1 provvedono a regolare i vari aspetti dell'unione (le cause impeditive, la scelta del cognome comune, diritti e doveri reciproci, regime patrimoniale, etc.), in larga parte in analogia con quanto disposto per i matrimoni.³

Con riferimento agli aspetti internazional-privatistici la legge, all'art. 1, 28° comma, lett. b), conteneva una delega al Governo, per l'adozione di decreti legislativi in materia

1. L. 20 maggio 2016 n. 76, recante la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», G.U. 21 maggio 2016 n. 118. Cfr. AULETTA, *La disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 367 ss.; CALÒ, *Le unioni civili in Italia*, Napoli, 2016. Cfr. inoltre i numerosi contributi pubblicati nel fascicolo monografico dedicato alla l. n. 76 del 2016, in *Famiglia e diritto*, 2016, n.10

2. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 ottobre 2015, ricorsi n. 18766/11 e n. 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, paragrafi 185-187. In argomento cfr. RUDAN, *L'obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 190 ss.; SAVARESE, *In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positivi dell'art. 8 CEDU*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 655 ss.

3. Cfr. LANDINI, *DDL su unioni civili e convivenze di fatto. Gli intenti del legislatore tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, n. 1.

di unioni civili tra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: «modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo».

La portata di questo criterio direttivo ha sollevato fin da subito molteplici dubbi.

L'unica indicazione «certa» pareva quella di voler applicare la disciplina dell'unione civile al matrimonio, all'unione civile, o ad altro istituto analogo contratto all'estero: la delega, in altre parole, sembrava imporre la c.d. «riqualificazione».

Con riferimento ai matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso la «riqualificazione» non è soluzione del tutto nuova per il nostro ordinamento. Nuove però sono le problematiche legate alla disciplina degli effetti del relativo rapporto.

2. Prima dell'introduzione nel nostro ordinamento di una regolamentazione delle unioni civili fra persone dello stesso sesso, la questione della qualificazione del matrimonio, e delle altre forme di unione civile, contratti all'estero fra persone dello stesso sesso è stata per molto tempo dibattuta.⁴

Una volta superata – anche grazie all'interpretazione evolutiva della nozione di matrimonio data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁵ – la concezione che vedeva tali matrimoni come contrari all'ordine pubblico,⁶ la tendenza della giurisprudenza precedente

4. Nel senso che il matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso non fosse qualificabile come matrimonio nel nostro ordinamento, cfr. G. ROSSOLILLO, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 363 ss., p. 382 ss.; F. MOSCONI, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 347ss., p. 365, che si attiene ad una rigorosa applicazione della teoria della qualificazione sulla base della *lex fori*, e considera il matrimonio inesistente. In senso contrario S. TONOLO, *Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 997 ss., a p. 1001; N. BOSCHIERO, *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 50 ss., a p. 112. Secondo S. ARMELLINI, *Qualificazione e istituti del diritto di famiglia sconosciuti*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili*, vol. IV, *Tematiche di interesse notarile - Profili internazionalprivatistici* (a cura di Cagnazzo, Preite, Tagliaferri), Milano, 2015, p. 743 ss., p. 773, un matrimonio omosessuale straniero può essere «in via diretta o analogica» qualificato come matrimonio al fine della sua riconducibilità nell'ambito di applicazione delle norme di diritto internazionale privato italiano.

5. Corte europea di diritti dell'uomo, sentenza 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04, *Shalk and Kopf c. Austria*, par. 61.

6. Cfr. Trib. Latina, 10 giugno 2005, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 1095 ss. Cfr. la circolare MIACEL n. 2/2001 del 26 marzo 2001, che considerava non trascrivibile «il matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali, di cui uno italiano, in quanto contrario alle norme di ordine pubblico». La circolare è stata letta come un'applicazione dell'effetto 'attenuato' dell'ordine pubblico, nei limiti in cui lasciava aperta la questione nel caso in cui nessuno di due coniugi avesse cittadinanza italiana. Cfr. F. MOSCONI, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, cit., p. 367. In questo senso già G. ROSSOLILLO, *op. cit.*, p. 392, che si pronuncia in senso favorevole alla attenuazione del limite dell'ordine pubblico al fine di riconoscere alcuni effetti allo *status* derivante da matrimoni e unioni registrate *same-sex*, anche di cittadini italiani. Nello stesso senso cfr. N. BOSCHIERO, *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, cit., p. 120; B. NASCIBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Uni-*

all'adozione della legge Cirinnà poteva essere letta come volta a negare la qualificazione di siffatti rapporti alla stregua di un «matrimonio», con l'effetto di impedire la trascrizione del relativo «atto».

La giurisprudenza riconosceva ai componenti dell' «unione omosessuale», «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso»,⁷ il godimento di quei diritti che discendono dalla inclusione del rapporto fra le formazioni sociali (art. 2 Cost.) e dal diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU).

Con la sentenza n. 138 del 2010, la Corte costituzionale – come è noto - ha affermato che nella nozione di «formazione sociale» ex art. 2 Cost. «è da annoverare anche l'unione omosessuale intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi e nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». Per la Corte «[s]i deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio». Può accadere però che in relazione ad ipotesi particolari sia riscontrabile la necessità di un «trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale», trattamento che la Corte ritiene di poter garantire con il controllo di ragionevolezza.⁸

Analogamente, la Corte europea, a partire dal caso *Shalk and Kopf c. Austria*, ha affermato che la relazione stabile tra una coppia dello stesso sesso («the relationship of a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* partnership») rientra nella nozione di vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione.⁹ La Corte, tuttavia, pur non ritenendo più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto, ha escluso che possa ricavarsi da tale articolo il «diritto» a contrarre matrimonio per le coppie dello stesso sesso, essendo la questione rimessa alla legislazione nazionale.¹⁰

one europea, Milano, 2011, p. 121.

7. Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, e sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170.

8. Cfr. anche Corte di cassazione, sentenza del 9 febbraio 2015 n. 2400, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 660, che ha affermato che questa «operazione di omogeneizzazione può essere svolta dal giudice comune, e non soltanto dalla Corte costituzionale, in quanto tenuto ad un'interpretazione delle norme non solo costituzionalmente, ma anche convenzionalmente orientata».

9. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Shalk and Kopf c. Austria*, cit., par. 94. In argomento cfr. C. RAGNI, *L'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sullo sviluppo del diritto dell'UE in materia di trattamento delle coppie omosessuali*, in *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, Atti del XV Convegno della SIDI, L. S. ROSSI (a cura di), Napoli, 2011, p. 233 ss.

10. Cfr. anche Corte europea dei diritti umani, sentenza del 16 luglio 2014, *Hamalainen c. Finlandia*, ricorso n. 37359/09, par. 96.

La Corte di cassazione ha affermato l'inefficacia dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero a produrre *quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico* nell'ordinamento italiano, ciò che in altre parole può essere letto come una impossibilità di *qualificare* tale atto come matrimonio.¹¹ E la giurisprudenza di merito successiva ha confermato questo orientamento.¹²

Le soluzioni accolte dalle nostre corti mostravano dunque già una tendenza a quella che viene anche definita come «riqualificazione»:¹³ in mancanza di una disciplina delle unioni «registrate», tale operazione comportava che l'unione venisse riqualificata come semplice unione *de facto*,¹⁴ cui doveva essere garantito il diritto al pieno svolgimento della vita familiare, in attesa che queste unioni potessero trovare finalmente una regolamentazione.

La riqualificazione del matrimonio in unione non è stata ritenuta contrastante con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, almeno nei limiti in cui sia garantita una tutela «analogà» per i due istituti: in questo senso si è pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza del 16 luglio 2014 nel caso *Hämäläinen c. Finlandia*, concernente la diversa ipotesi di riqualificazione del matrimonio in unione civile a seguito di mutamento di sesso di uno dei due coniugi.¹⁵

Occorre tuttavia evidenziare come la posizione più rigida della giurisprudenza concernesse principalmente gli effetti di matrimoni *samo-sex* celebrati all'estero fra cittadini italiani. Ciò potrebbe spiegarsi con un intento (più o meno mascherato) di impedire, attraverso il ricorso a opportunità concesse da alcuni ordinamenti esteri, l'acquisizione

11. Corte di cassazione, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 747. In senso analogo può essere letta la pronuncia del Consiglio di Stato, del 26 ottobre 2015, n. 4899, in *Foro it.* 2016, III, 6, che si riferisce al divieto di «equiparazione» del matrimonio omosessuale a quello eterosessuale. Anche nella circolare del Ministro Alfano del 7 ottobre 2014, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 327, si legge: «da disciplina dell'eventuale equiparazione dei matrimoni omosessuali a quelli celebrati tra persone di sesso diverso e la conseguente trascrizione di tali unioni nei registri dello stato civile rientrano nella competenza esclusiva del legislatore nazionale».

12. Cfr. Trib. Pesaro, 14 ottobre 2014, *Genius*, 2014, p. 257; Appello Milano, 16 ottobre 2015, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 725, e in *Corriere giur.*, 2016, 1211; Appello Milano, decreto 9 novembre 2015, *Foro it.*, I, 2016, 296. In senso favorevole alla trascrizione di un matrimonio contratto a New York fra due cittadini italiani cfr. invece Tribunale Grosseto, decreto 26 febbraio 2015, in *Foro it.*, I, 2016, 297. In tal senso il Tribunale si era già pronunciato con decreto 9 aprile 2014, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 1007, su cui cfr. G. BIAGIONI, *La trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all'estero nel recente provvedimento del Tribunale di Grosseto*, in *GenIUS*, 2014, p. 195 ss. Tale provvedimento era stato tuttavia riformato per errore procedurale da Appello Firenze, decreto 23 settembre 2014, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 1010.

13. Cfr., con riferimento all'ordinamento francese prima dell'introduzione del *mariage pour tous*, H. FULCHIRON, *Mariage et partenariats homosexuels et droit international privé français*, in *Revue internationale de droit comparé* 2006, p. 409 ss., p. 426 ss.

14. Nel senso che lo *status de facto* fosse da considerare un mero *status de facto* alla luce dell'ordinamento italiano cfr. anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Oliari e altri*, cit., par. 169. Nel senso che, a seguito delle pronunce della Corte costituzionale, l'art. 2 Cost. imponesse già di qualificare le unioni *same-sex* come «unioni registrate», cfr. G. BIAGIONI, *La trascrizione dei matrimoni same-sex* cit., p. 209.

15. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia* cit.

di uno *status* che non è possibile ottenere in Italia (c.d. «turismo matrimoniale»). Chiaro in questo senso anche il Consiglio di Stato, quando affermava che aderendo alla tesi prospettata dai ricorrenti «si finirebbe per ammettere, di fatto, surrettiziamente *ed elusivamente* il matrimonio omosessuale anche in Italia, tale essendo l'effetto dell'affermazione della trascrivibilità di quello celebrato all'estero tra cittadini italiani (...)».¹⁶

Questa soluzione sembra riecheggiare le teorie che sostenevano l'applicabilità del c.d. ordine pubblico «interno» in relazione a rapporti giuridici relativi a cittadini italiani.¹⁷ In questo senso potevano essere lette anche le prime circolari ministeriali che si erano occupate delle richieste di trascrizioni di matrimoni *same-sex* celebrati all'estero.¹⁸

Una diversa soluzione era stata accolta dalla Corte d'appello di Napoli¹⁹ con riferimento al matrimonio di due francesi, sposate in Francia, dove dal 2013 è ammesso il matrimonio fra persone dello stesso sesso.²⁰ La coppia si era trasferita in Italia per motivi di lavoro e in quanto residente in Italia aveva chiesto la trascrizione del matrimonio contratto all'estero ai sensi dell'art. 19 d.P.R. 396/2000. Secondo la Corte non sussistevano in questo caso gli impedimenti alla trascrizione ravvisati dalla Corte di cassazione nel citato precedente del 2012: in particolare, «trattandosi di coppia omosessuale legalmente coniugata secondo la legislazione dello Stato di cittadinanza, che ammette il matrimonio tra persone dello stesso sesso, non sorgono le questioni tutte interne alla legislazione italiana che difetta di una normativa che regoli l'unione di persone dello stesso sesso come coniugi ovvero come unione seppur regolata da forme di tutela differenziata».²¹

16. Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 26 ottobre 2015, n. 4899, cit., par. 2.9. Corsivo aggiunto. Per un esame più dettagliato della pronuncia si rinvia al contributo di M. PERINI, *Matrimoni monoaffettivi: una chiara politica giudiziaria del Consiglio di Stato di netta chiusura*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 115 ss.

17. Cfr. Cassazione 14 gennaio 1982 n. 228, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 454, con riferimento al riconoscimento di una sentenza straniera di divorzio tra due cittadini italiani.

18. Cfr. la citata circolare MIACEL n. 2/2001 del 26 marzo 2001. Cfr. la circolare del Ministero dell'interno del 18 ottobre 2007, che, in riferimento alla modulistica concernente la trascrizione di matrimoni esteri, specificava che «il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico interno», e richiamava l'attenzione degli ufficiali di stato civile affinché «al momento di trascrivere un matrimonio contratto all'estero *da un cittadino italiano*, pon[essero] particolare cura alla verifica che i due sposi [fossero] di sesso diverso (...)». Più aderente alla soluzione espressa dalla Corte di Cassazione nel 2012, invece, la Circolare del Ministro Alfano del 7 ottobre 2014, cit.

19. Corte d'Appello di Napoli, 8 luglio 2015, *Foro it.*, 2016, I, 297.

20. *Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes su meme sexe* (Journ. Off. N. 0114 del 18 maggio 2013, p. 8253). Cfr. S. MIGLIORINI, *Aspetti internazionalprivatistici della legge francese 'mariage pour tous'*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 197 ss.; H. FULCHIRON, *Le mariage entre personnes de meme sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du 'mariage pour tous'*, in *Journal du droit international*, 2013, p. 1055 ss.

21. Nella circolare MIACEL 2/2001, cit. si affermava che le trascrizioni di atti formati all'estero relativi a cittadini stranieri residenti in Italia (ai sensi dell'art. 19 del d.P.R. 396/2000) fossero «meramente riproduttive di atti riguardanti i predetti cittadini stranieri formati secondo la loro legge nazionale da autorità straniere» ed avessero «il solo scopo di offrire agli interessati la possibilità di ottenere dagli uffici dello stato civile italiani la copia integrale degli atti che li riguardano così come formati all'estero». Di conseguenza, si affermava che «dette

3. Come abbiamo visto, la l. n. 76 del 2016 prevedeva, con riferimento agli aspetti internazional-privatistici, una delega al Governo, affinché provvedesse all'adozione di decreti legislativi in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: «modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo» (art. 1, 28° comma, lett. b) della legge).

Nell'esercizio della delega il Governo ha adottato il decreto legislativo 19 gennaio 2017 n. 7 recante «Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'art. 1, 28° comma, lett. b), della l. 20 maggio 2016 n. 76».²²

Il d. lg. interviene inserendo alcuni articoli nel Capo IV del Titolo III della l. 31 maggio 1995 n. 218, Capo che concerne il diritto applicabile ai rapporti di famiglia. Dopo l'art. 32 (che disciplina la giurisdizione in materia di nullità, annullamento, separazione personale e scioglimento del matrimonio), vengono inseriti articoli dal 32-*bis* al 32-*quinqies*. Le norme sono pressoché tutte volte a disciplinare aspetti internazional-privatistici delle unioni civili,²³ eccezion fatta per l'art 32-*bis* che, nel testo definitivamente approvato, si intitola «Matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso» e dispone: «1. Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana».

L'ambito di applicazione *ratione personae* della norma appare incerto, e costituirà probabilmente uno dei primi problemi applicativi: non è chiaro, infatti, se si riferisca al matrimonio di (almeno) un cittadino italiano, o a matrimoni contratti da due cittadini (entrambi) italiani. La formulazione – unitamente a quanto si può evincere dalle discussioni in Commissione che hanno portato alla riformulazione in tal senso della norma²⁴ - portano

trascrizioni, attesa la loro estraneità all'ordinamento giuridico italiano non possono comunque porsi in contrasto con quest'ultimo per ragioni di ordine pubblico. Sono pertanto fuori dell'ambito normativo dell'art. 18 del d.P.R. [che stabilisce il limite dell'ordine pubblico]». In senso adesivo alla circolare sul punto si è pronunciato anche il Consiglio di Stato nel parere n. 01732 dell'8 giugno 2011, che ha ribadito che non è prevista «alcuna previa valutazione sul rispetto dell' "ordine pubblico internazionale" relativamente agli atti riguardanti cittadini stranieri».

22. Pubblicato in *G.U.* 27 gennaio 2017 n. 22, in vigore dall'11 febbraio 2017.

23. In argomento cfr. BIAGIONI, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d. lgs. n. 7/2017*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 496 ss.

24. Lo schema di decreto inizialmente adottato dal Governo prevedeva un testo dell'art. 32-*bis* analogo a quello poi adottato, ma senza il riferimento ai cittadini italiani. Nel passaggio alla 2ª Commissione permanente il testo è stato invece modificato con tale riferimento: nel parere approvato dalla Commissione si rilevava, con riferimento al testo inizialmente proposto, che una interpretazione letterale del detto articolo avrebbe avuto come conseguenza che «al matrimonio contratto all'estero tra due stranieri» si sarebbe applicata la legge italiana sulle unioni civili persino nel caso in cui, secondo i principi generali in materia di diritto internazionale privato,

a ritenere che il legislatore intendesse riferirsi a qualsiasi matrimonio contratto all'estero da un cittadino italiano con persona dello stesso sesso, anche di cittadinanza diversa. La norma, così letta, impone l'applicazione della disciplina delle unioni civili regolata dalla legge italiana a tutti i matrimoni contratti all'estero anche laddove uno soltanto dei due coniugi abbia la cittadinanza italiana.²⁵ Resterebbero fuori dalla portata applicativa della norma solo i matrimoni celebrati all'estero tra cittadini (entrambi) stranieri, che potranno, dunque, essere qualificati come veri e propri «matrimoni» ed essere soggetti alle norme di conflitto in materia matrimoniale (artt. 26 ss. l. n. 218 del 1995).²⁶ Questa lettura si impone anche dal raffronto con il nuovo art. 32-*quinquies* l. n. 218 del 1995 (anch'esso introdotto con il medesimo decreto), che si riferisce invece alle unioni civili costituite all'estero *tra* cittadini italiani dello stesso sesso, abitualmente residenti in Italia, anche in questo caso stabilendo che esse produrranno gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana. La formulazione rende chiara l'applicabilità di questa disposizione alle sole unioni contratte tra due cittadini (entrambi) italiani, ciò che è conforme alla finalità anti-elusiva della norma.

L'art. 32-*bis* impone dunque una riqualificazione come unione civile a qualunque matrimonio celebrato all'estero da un cittadino italiano, anche quando la legge nazionale del «coniuge» – non italiano – consente la celebrazione del matrimonio fra persone dello stesso sesso.

È innegabile che questa opera di riqualificazione, applicandosi a prescindere dalla residenza in Italia dei coniugi, impone un effetto che va contro la legittima aspettativa delle parti, in particolare quando il matrimonio è celebrato proprio nello Stato di (comune) residenza al momento del matrimonio.

La disposizione in commento, inoltre, non si limita a riqualificare il matrimonio estero (celebrato da cittadini italiani) in unione civile, ma aggiunge che esso produce gli effetti dell'unione civile «regolata dalla legge italiana». La norma potrebbe essere letta come unicamente volta alla riqualificazione del matrimonio estero contratto da italiani in unione civile: il riferimento alla legge italiana servirebbe in questo caso solo a identificare l'istituto «unione civile» ai sensi dell'ordinamento italiano. La formulazione della norma sembra

individuati dagli articoli da 27 a 32 della l. n. 218 del 1995, deve applicarsi una legge nazionale dei nubendi o dei coniugi diversa da quella italiana: perciò la Commissione proponeva di modificare il testo dell'art. 32-*bis* nel senso seguito dalla versione poi approvata.

25. Se questa è la lettura corretta, sarebbe stato preferibile formulare la disposizione eliminando il plurale, riferendosi al matrimonio contratto all'estero «dal cittadino italiano». Una lettura diversa della norma viene invece data nella nota del Consiglio nazionale del Notariato avente ad oggetto i decreti n. 5/2017 e n. 7/2017, reperibile al sito <http://www.notariato.it>, a pp. 1-2, che intende la norma riferita ai soli matrimoni fra cittadini italiani, stabilendo che essa non si occupa del matrimonio fra stranieri dello stesso sesso, o fra uno straniero e un cittadino italiano dello stesso sesso.

26. A questa soluzione, come abbiamo visto, perveniva già Corte d'Appello di Napoli, 8 luglio 2015, cit.

invece voler aggiungere alla riqualificazione anche l'indicazione della legge regolatrice della fattispecie a fini internazional-privatistici: la norma, cioè, pare formulata come una classica norma di conflitto «unilaterale» (introversa), diretta ad imporre l'applicazione della disciplina materiale stabilita dalla l. n. 76 del 2016 a tutti gli effetti del matrimonio riqualificato come «unione».²⁷

In tal modo risultano escluse tutte le norme di conflitto che, introdotte ad opera del d. lg. n. 7 del 2016, hanno integrato la l. n. 218 del 1995 in materia di unioni civili, norme che invece potrebbero applicarsi se l'art. 32-*bis* si limitasse a stabilire la mera riqualificazione del matrimonio in unione civile.

Una possibile giustificazione di questa scelta potrebbe risiedere nell'esigenza di evitare di individuare come applicabile la legge di un ordinamento che non disciplina l'unione civile (o registrata). Negli ordinamenti che hanno esteso il matrimonio a coppie dello stesso sesso, infatti, manca spesso una disciplina delle unioni civili: ogniquale volta il criterio di collegamento conduca a tali ordinamenti – ad esempio applicando il criterio del luogo di costituzione²⁸ – si rischierebbe di non trovare una disciplina delle unioni, finendo per applicare (in base alla c.d. «seconda qualificazione»)²⁹ la disciplina del matrimonio, così privando sostanzialmente di «effetto utile» la riqualificazione. Tuttavia, anche tenendo conto di questo rischio, l'effetto del richiamo alla legge italiana per la disciplina di tutti gli effetti dell'unione appare eccessivo: non si vedono infatti difficoltà ad applicare anche discipline straniere relative al matrimonio, se si considera che anche il legislatore italiano ha applicato in larga parte norme sul matrimonio alle unioni civili. Si tratta eventualmente di individuare gli opportuni meccanismi per evitare effetti non voluti.³⁰

27. L'esempio più simile che si può rinvenire nella l. n. 218 del 1995 è dato dall'art. 25, che per società e altri enti, stabilisce come criterio di collegamento il luogo di perfezionamento del procedimento di costituzione, aggiungendo però che «[s]i applica la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti».

28. Il criterio è previsto, in particolare, per regolare i rapporti personali e patrimoniali delle unioni civili dal nuovo art. 32-*ter*, 4° comma.

29. Cfr. TONOLO, *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di leggi*, Milano, 2003. In particolare, con riferimento a istituti di diritto di famiglia: ARMELLINI, *Qualificazione e istituti del diritto di famiglia sconosciuti*, cit., p. 743 ss.

30. L'ordinamento tedesco, ad esempio, stabilisce che gli effetti di una *registered partnership* costituita all'estero non possono eccedere quelli previsti dalla legge tedesca (art. 17b, 4° comma, EGBGB). Oppure possono impiegarsi altre tecniche tipicamente internazional-privatistiche, in primo luogo il ricorso a norme di applicazione necessaria: ad esempio il nuovo art. 32-*ter*, 1° comma, stabilisce che le disposizioni di cui all'art. 1, 4° comma, della l. n. 76 del 2016 (cioè le cause impeditive che determinano anche la nullità dell'unione) sono di applicazione necessaria. Nel senso che siano qualificabili come tali anche i commi 11 e 12 della l. n. 76 del 2016 (rispettivamente relativi a diritti e doveri reciproci, e all'indirizzo della vita familiare e la residenza comune) cfr. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, *Statuto personale e diritti reali*, quarta ed., Milano, 2016, p. 116. Più difficile, ma talvolta possibile, ricorrere al limite dell'ordine pubblico, soprattutto a seguito della recente giurisprudenza della Corte di cassazione, sent. 30 settembre 2016 n. 19599, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 813, che ha sostanzialmente ricondotto l'ordine pubblico ai soli valori tutelati dalla Costituzione e dagli strumenti sovranazionali in materia di diritti umani: «(...) un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo

Se l'intento fosse stato invece semplicemente «anti-elusivo», sarebbe stata opportuna una formulazione analoga a quella dell'art. 32-*quinquies*, che limita la portata della riqualificazione e dell'applicazione della legge italiana a situazioni puramente interne, quali sono quelle di coppie di cittadini entrambi italiani, residenti in Italia.

Con riferimento a rapporti realmente transnazionali, non appare in alcun modo ragionevole la differenza di trattamento che si realizza tra i matrimoni «riqualificati» e le altre unioni civili, costituite all'estero o in Italia, aventi carattere transnazionale, per le quali il legislatore ha stabilito autonome norme di conflitto (artt. 32-*ter* e 32-*quater*).

Proprio per questo sarebbe preferibile una lettura che porti ad una applicazione più restrittiva della norma: o nel senso, sopra visto, che consideri la disposizione volta alla mera riqualificazione dell'istituto, oppure nel senso di limitare la portata dell'applicazione della legge italiana *ratione materiae*, ad esempio alla disciplina dei soli rapporti personali. In tal modo si consentirebbe, per la disciplina di tutti gli altri effetti, l'applicabilità delle norme di conflitto poste dalla l. n. 218 del 1995, e dai regolamenti UE³¹, uniformando la disciplina a quella delle unioni civili riconosciute o costituite in Italia che presentino elementi di estraneità.

fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario». In argomento cfr. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 169 ss. Le questioni più «sensibili» – in particolare l'adozione e la filiazione – risultano disciplinate da disposizioni specifiche. In particolare, l'art. 1, 20° comma, l. n. 7 del 2016 esclude che l'equivalenza tra parti dell'unione civile e coniugi ivi disposta possa valere ai fini della l. n. 184 del 1983 sull'adozione, aggiungendo che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Aprono al riconoscimento di due adozioni pronunciate all'estero a favore di coppie *same-sex* due provvedimenti del Tribunale dei minori di Firenze emessi il 7 marzo 2017, reperibili sul sito www.articolo29.it.

31. Per quanto concerne la specifica problematica in relazione all'applicazione dei regolamenti UE in materia di famiglia e successioni, si rinvia al mio scritto *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il «riordino» delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 528 ss., in particolare p. 540 ss.

IL POLIAMORE E I BENI COMUNI. PRIMISSIME RIFLESSIONI*

UGO MATTEI

Prof. ordinario Università di Torino

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Definizioni

Introduzione.

Che cosa è il poliamore? Come interroga il civilista? È davvero una novità? Quali frontiere varca? Quali prospettive schiude?

Queste sono domande preliminari cui questo breve scritto, dedicato a Giovanni Furguele, un civilista che ha sempre dimostrato grande sensibilità per gli incontri\contri fra etica e diritto, cerca di dare una prima occhiata.

1. Definizioni.

Dal punto di vista sociale (e dunque giuridico) il poliamore, o poliaffettività può essere descritto come quel fenomeno per cui un numero di persone più alto di due intreccia sentimenti e legami di carattere erotico e sentimentale, tanto omo quanto eterosessuale, di regola nella consapevolezza generalizzata di tale situazione¹. Il gruppo può così esser visto come una comunità poliamorosa o poliaffettiva che eccede rispetto all'aggregato dei rapporti bilaterali fra le parti. Una comunità poliamorosa stabile tende a convivere o quantomeno a condividere spazi fisici. Ma la convivenza plurima *more uxorio* potrebbe non essere strettamente necessaria.

Ovviamente, l'essere poliaffettivi, così come omosessuali, eterosessuali, bisessuali, asessuali o onanisti è una caratteristica individuale, portato di natura e cultura, che rientra nella sfera più intima di ciascuna persona. Un soggetto può essere poliaffettivo in modo aperto (e in tal modo potrebbe pure esser parte di una comunità poliamorosa) oppure può esserlo in modo nascosto (*in the closet*), rientrando in questi casi anche in quella tipologia piuttosto comune nella società borghese dei fedifraghi sessuali seriali.

La poliaffettività di questa natura è assai tollerata tradizionalmente anche in Italia per quanto riguarda individui di sesso maschile ma più di recente, a seguito dell'emancipazione femminile, la poliaffettività fedifraga non è particolarmente stigmatizzata neppure per

*. Questo saggio si basa sul mio intervento conclusivo al convegno sul poliamore ed il diritto organizzato il 15 dicembre 2016 presso il DIGSPES Università Piemonte Orientale (Alessandria) da Luca Pes ed Elisabetta Grande.

1. La consapevolezza ed il consenso sono considerati essenziali nella letteratura statunitense. Vedi per es. M. BAKER, D. LANGERIDGE, *Whatever Happened to non Monogamies? Critical Reflections on Recent Research and Theory*, in *Sexualities*, 2010, 13, p. 784.

le donne. Un fenomeno ancor più recente frutto del c.d. “*politically correct*” è quello per cui la poliaffettività maschile fedifraga si trova ad essere contestata in determinati ambienti culturali perchè considerata scarsamente compatibile con l’emancipazione femminile. Essa è vista come un vero e proprio retaggio di società patriarcali che la liberazione sessuale femminile avrebbe dovuto scalzare. Ne segue che in certi ambienti la donna fedifraga è considerata emancipata e libera, mentre l’uomo dedito allo stesso genere di pratiche poliaffettive eterosessuali viene stigmatizzato. Qui naturalmente la situazione è resa complessa dallo specchio culturale con altri ambienti (tipicamente l’Islam) la cui poligamia maschile ufficiale è abbondantemente sfruttata in Occidente come indice di “inferiorità culturale” dell’altro².

La questione della natura aperta o nascosta della poliaffettività è a sua volta assai complessa. Da un lato infatti l’apertura promossa come “sincerità” talvolta viene praticata dalle c.d. coppie aperte ed è largamente apprezzata dal punto di vista dei valori dell’occidente “libero evoluto e disinibito” per dirla con Luciano Canfora³. Infatti nell’evoluto occidente capitalistico, il piano della libertà sessuale, inteso come “il” valore assoluto, non negoziabile, è strumentalmente utilizzato al fine di tacciare di tendenze reazionarie e delegittimare chiunque manifesti perplessità e proponga diverse priorità politiche. Una vittima recente di tale strategia è per esempio Papa Francesco, il cui messaggio di solidarietà sociale e di difesa della vita sul pianeta è certamente contrario alle esigenze e ai valori individualistici promossi dal capitalismo globale.

Nel quadro valoriale individualistico (ed individualizzante) il poligamo aperto è un individuo che sviluppa appieno la propria libertà sessuale in modo compatibile con quella dell’altro *partner* che essendo consapevole della situazione, liberamente sceglie⁴. Si tratta dunque della libera scelta di due individui che in quadro di reciprocità quasi sinallagmatica decidono di aprire a terzi la propria relazione. In effetti, la libertà di scelta in ambito sessuale è un’altra delle grandi icone con cui l’occidente dominante si autorappresenta in opposizione alle culture “altre” condannate come impositive (velo, circoncisione femminile, poligamia maschile⁵).

Occorre peraltro osservare a questo proposito qualche aporia. Innanzitutto, la poliaffettività aperta, calata nell’attuale assetto istituzionale di matrimonio monogamico sincronico (giuridicamente aperto alla serialità) presenta evidenti rischi legati a rapporti di potere squilibrati. Ciò curiosamente viene agevolmente notato di fronte all’Islam e agli altri sistemi che riconoscono la poligamia sincronica, mentre non lo si vede di fronte a rappor-

2. Vedi E. GRANDE, U. MATTEI, *La giustizia allo specchio*, in *Antropologia*, 2008, p. 25 ss.

3. L. CANFORA, *La schiavitù del capitale*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 94.

4. Di “*radical honesty*” parla E. EMENS, *Monogamy’s Law: Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence*, in *29 NYU Review of Law and Social Change*, 277 (2004) p 322 ss.

5. E. GRANDE, *I do it for myself! The dark side of Women’s Rights*, in A. De Lauri (a cura di) *The Politics of Humanitarianism. Power, Ideology and Aid*, London, Tauris, 2015.

ti poliamorosi aperti unilaterali non formalizzati (tipicamente l'amante borghese classica). In altri termini, la poliamorosità aperta e conclamata, lungi dall'essere necessariamente sinonimo di emancipazione sessuale da parte delle soggettività coinvolte nel rapporto, può essere un atto di prepotenza del più forte (economicamente o sentimentalmente) nei confronti del più debole. Il più debole può essere costretto ad accettare la situazione di "infedeltà" perchè dipendente economicamente o sentimentalmente. Esempio del primo tipo è la moglie casalinga nel caso classico di maschio lavoratore sposato con amante. Un esempio di dipendenza sentimentale è invece quello dell'amante speranzoso (o speranzosa) che la situazione potrebbe prima o poi modificarsi con il soggetto poli-amoroso che lascia la moglie o il marito per creare una nuova famiglia nucleare.

Tutti i sistemi occidentali che ammettono il divorzio (e sono oggi la stragrande maggioranza) riconoscono in tal modo giuridicamente la poligamia seriale pur senza denominare così il fenomeno. Ma considerare il diacronico ed il sincronico nello stesso quadro di riferimento è molto importante per il giurista tanto che anche dal punto di vista metodologico comparazione e storia sono considerate discipline gemelle. In effetti la disciplina giuridica della pensione di reversibilità del *de cuius* poligamo seriale (ossia che lascia una ex moglie e una moglie attuale) fraziona il *quantum* del beneficio sulla durata del vincolo valido.

Evidentemente, il modello borghese occidentale (o sposato o non spostato) introduce un "tutto o niente giuridico"⁶ che quando palesemente in tensione con la realtà sociale produce contrasto fra la legge e la giustizia (dunque violenza) e impossibilità di cogliere le sfumature che imperiose chiedono di essere riconosciute a causa della forza dei fatti sociali⁷. Quanto sopra detto sulla pensione di reversibilità o quanto potrebbe immaginarsi nel caso di lunga convivenza *more uxorio* con prole, interrotta arbitrariamente dal *partner* più ricco che rifiuti di sostenere economicamente la madre dei suoi figli, sembrano indicare che la declamazione sul "tutto o niente" che distingue il legittimo sposo da ogni altro soggetto potrebbe essere più incrinata di quanto non si creda nelle pieghe dell'ordinamento.

In ogni caso, una disciplina dei rapporti affettivi e famigliari fondata sul matrimonio monogamico sincronico e sulla poligamia diacronica costituisce a mio parere un modello normativo assai rozzo se comparato con la sofisticatezza con cui per esempio le varie scuole shariatiche si misurano col problema della responsabilità in capo al marito di trattare più mogli allo stesso modo⁸. Il rigido quadro a tinte nette dello schema occi-

6. Di "paradigma diadico" parla A. LORENZETTI, *Il paradigma diadico del matrimonio. Quali barriere costituzionali al riconoscimento della famiglia poliamorosa?*, Intervento al convegno sul Poliamore organizzato da L. Pes ed E. Grande presso l'Università del Piemonte Orientale, 15 dicembre 2016.

7. Cfr. S. RODOTÀ, *Diritti e democrazia*, in U. Eco e L. Fedriga (a cura di) *La filosofia e le sue storie. L'età contemporanea*, Laterza, Bari, 2015.

8. Vedi M. VOORHOEVE, *Family Law in Islam. Divorce, Marriage and Women in Muslim World*, London Tauris, 2016.

dentale dominante (monogamia sincronica e poligamia diacronica) fa sì che il partner affettivo non spostato, non goda di alcun tipo di protezione da parte dell'ordinamento giuridico⁹. Il matrimonio occidentale in pratica funziona come l'unica forma giuridica di assunzione di responsabilità nei confronti di un *partner* affettivo e sessuale. Ogni situazione di fatto per quanto stabile e importante sia non è in grado di generare alcuna responsabilità né dovere di assistenza di un soggetto nei confronti di un altro. Il modello giuridico in tal modo non riflette per nulla la realtà materiale e sentimentale di rapporti poliamorosi elevandone soltanto uno a produttore di responsabilità giuridiche ed economiche e lasciandone ogni altro in un limbo di non giuridicità¹⁰. Si noti che il diritto in tal modo non si fa carico in alcun modo della attualità materiale dei rapporti che sacrifica sull'altare simbolico del matrimonio monogamico rinunciando a assumere la realtà fattuale nello schema della giuridicità come viceversa fa da molto tempo ad esempio nel governo dei rapporti fra proprietà e possesso. Infatti il possessore è comunque tutelato almeno per quanto riguarda l'arricchimento che la sua attività genera con conseguente responsabilità del proprietario.

Quanto gli incentivi prodotti da questo rozzo modello normativo "tutto o niente" siano distorti non v'è chi non veda. L'amante, privo\ a di diritti nell'assenza di qualunque obbligo giuridico nei suoi confronti da parte del partner sposato (con altro\ a) cercherà di scalzare il coniuge dal piedestallo giuridico, generando conflittualità e tensioni, minando la solidità dei rapporti e dei nuclei familiari e rendendo più difficile che la poliaffettività svolga un ruolo sussidiario (per esempio soddisfacendo pulsioni sessuali assopite nella coppia sposata) socialmente utile. È ben evidente che l'alternativa secca tutto o niente impedisce quel "*salomonic bargain*"¹¹ che riconoscendo obblighi giuridici (o comunque uno *status* giuridico) rispetto a ciascun componente del triangolo poliaffettivo unidirezionale classico (marito, moglie, amante) durante tutto il periodo di poliaffettività stempererebbe gran parte delle tensioni abbassando in tal modo i costi transattivi e generando arricchimenti (seppure di regola di natura affettiva) ingiustificati.

Tuttavia, nell'attuale contesto giuridico a tinte nette, appare evidente che la clandestinità non sia necessariamente sintomo di arretratezza culturale o morale di fronte al tema della massima libertà sessuale così caro all'occidente più avanzato e disinibito. Essa potrebbe essere una sfumatura (se vogliamo di ipocrisia benigna) che dimostra un senso del

9. Ovviamente si potrebbero immaginare ulteriori interpretazioni estensive della c.d. seduzione con promessa di matrimonio (art. 81 c.c. così come interpretato in giurisprudenza) oppure applicazioni avanzate del 2043 per tutelare il coniuge "di fatto" contro le soperchierie del partner che si comporta abusivamente.

10. Si veda per es. M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici ed attualità della questione*, Esi, Napoli, 2017, il quale mostra come una impostazione civilistica tradizionale possa considerare "inesistenti" tali rapporti.

11. Cfr. I. AYRES, E. TALLEY, *Salomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasian Trade*, in 104 *Yale L.J.*, 1027 (1995).

limite in capo al soggetto poliamoroso forte, il quale non esce “dall’armadio” sostituendo la clandestinità alla violenza di “sbattere in faccia la verità”. Certo, un tale atteggiamento clandestino “sceglie per l’altro” sicchè in sistemi che valorizzano la scelta individuale lo stigma del “paternalismo” è inevitabile¹².

D’altra parte, la clandestinità, può essere vista come una strategia da parte del soggetto poliamoroso debole, costretto in un contesto istituzionale ostile alla poliaffettività, volta a non subire ripercussioni per il proprio comportamento infedele da parte a del *partner* forte tradito, di nuovo sia dal punto di vista economico che da quello sessuale o sentimentale.

A ben vedere, siamo largamente abituati a prendere in considerazione il contesto culturale ed istituzionale che ha reso per anni molto difficile alle popolazioni *gay* o *queer* di uscire all’aperto (di operare cioè il c.d. *outing*). Secondo la narrazione occidentalistica il segreto intimo del *gay* o del *queer* (vissuto con grave sofferenza) costituisce ancora la regola in *altre culture* che in occidente consideriamo sessualmente più oppressive (leggi Islam). Più difficile per tutta una serie di ragioni culturali è per gli occidentali inquadrare in questo schema di oppressione legale, economica e culturale il marito o la moglie infedele che, negli Stati Uniti o in Europa, cancella le tracce di ogni relazione adulterina. Tuttavia, è sempre un diritto violento con tratti performativi distonici rispetto ai costumi sociali o anche solo ai comportamenti individuali idiosincratici a produrre clandestinità.

Chiaramente già questi primi cenni mostrano la ristrettezza di uno schema giuridico bilaterale esclusivo in ambito sincronico nel governare la complessità dei rapporti affettivi. Tale schema giuridico binario, che assurge a *standard* anche etico e culturale, produce i consueti effetti di scoraggiare l’*outing* del poliamoroso o della poliamorosa sincronica. Naturalmente, questi fenomeni che possiamo osservare anche con una banale osservazione delle possibilità aperte ad una coppia sposata (si può essere fedeli o infedeli, unilateralmente o bilateralmente infedeli, apertamente o clandestinamente infedeli a sua volta in modo unilaterale o bilaterale non necessariamente reciproco) si complicano molto quando si prova a formalizzare il rapporto poliaffettivo uscendo dalla forma classica della coppia eterosessuale per includere le varie possibilità dettate dalle preferenze di genere.

In effetti, una semplice comunità poliamorosa di tre soggetti può variare di molto. Può essere composta da due uomini e una donna o due donne e un uomo. I componenti possono essere eterosessuali, omosessuali o bisessuali (ma anche asessuali o onanisti). I componenti possono avere relazioni sessuali condivise o esclusive dal punto di vista della tempistica; la fedeltà può essere o meno richiesta fuori dal gruppo (di qui spazi per la pratica clandestina); sono possibili schemi di accoppiamento che rendono o meno certa la paternità all’interno del gruppo (per esempio il rapporto eterosessuale può avvenire

12. Vedi infatti E. EMENS, op. cit., e la sua discussione del “consenso”.

solo fra due componenti mentre con il terzo uno dei due intrattiene un rapporto *gay*)... Recentemente un amico *queer* che da anni intrattiene relazioni plurime lamentava l'eccesso di autoregolamentazione della tematica dell'accoppiamento sessuato quale ragione del suo abbandono di una comunità poliaffettiva¹³.

Sono tutti temi su cui il diritto civile trova ampi e complessi terreni di ricerca (direi praterie inesplorate per moralismo o *taboo*) perchè naturalmente possono essere coinvolti molteplici interessi anche di natura patrimoniale delle parti coinvolte nel rapporto poliaffettivo o dei figli nati dentro o fuori dalla comunità poliamorosa. Ovviamente, questa ricca tipologia di possibilità che aumenta in progressione geometrica con l'aggiunta di ogni nuovo individuo alla relazione poliaffettiva, entra in tensione drammatica con alcuni postulati della modernità giuridica, in particolare con quell'individualismo proprietario che caratterizza le mitologie dell'assolutismo giuridico e che utilizza il modello del *sinalagma* contrattuale per governare ogni ambito della vita umana, perfino quello affettivo¹⁴. Infatti, come ben noto, la rivoluzione borghese spazza ogni comunità intermedia nella ricerca spasmodica di costruire un legame di fedeltà esclusiva fra l'individuo e lo Stato corrispondente allo schema binario classico proprietà privata-sovranià pubblica¹⁵. Tutte le comunità intermedie sono spazzate da questo zelo di semplificazione individualistica, compresa la famiglia allargata di cui la comunità poliamorosa potrebbe candidarsi ad essere l'epifania aggiornata ai tempi recenti. In effetti non soltanto lo schema del matrimonio risulta riduttivo (la questione del matrimonio *gay* ha generato una forte tensione sulla natura riproduttiva della famiglia nucleare) ma anche i vari palliativi immaginati per non ferire le sensibilità più conservatrici faticano a farsi architrave delle nuove famiglie allargate prodotte dalla poligamia seriale generata dalla agevolezza del divorzio. Tutto ciò richiede categorie interpretative nuove e smaschera l'arbitrarietà e la violenza di racchiudere pratiche affettive plurali e ricchissime (non necessariamente sessualizzate) nel rigido schema della famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio".

Del resto l'individualismo proprietario accompagnato al modello tutto o niente dello schema matrimoniale investe pure il diritto delle successioni, che pure in linea di principio, tramite l'istituzione della legittima, immagina una comunità familiare protratta nel tempo e comprensiva di diverse generazioni¹⁶. È successo che persone anziane e facol-

13. Il rapporto fra poliamore e produzione di regole volte a disciplinare la sessualità (di cui il matrimonio è solo la più visibile) è complesso. Si veda l'ottimo saggio di H. AVIRAM, *Make Love not Law. Perceptions of the Marriage Equality Struggle Among Polyamorous Activists*, in *Journal of Bisexuality*, 7, 3-4, p. 261.

14. Qui il rinvio d'obbligo è a P. GROSSI di *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007.

15. Il tema è fra i più studiati. L'ho inquadrato dal punto di vista dell'evoluzione proprietaria borghese in *Controinforme*, Einaudi, 2013 e *Senza libertà non c'è proprietà, Falso*, Laterza, 2014. La discussione filosofica più convincente si ha in G. MARRAMAO, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013.

16. È noto che l'istituto della legittima costituisce una cospicua eccezione al principio dell'idiosincrasia proprietaria in capo all'individuo che viene considerato membro di una comunità familiare di lunga durata cui

tose sposate con prole si siano recate in compagnia di una giovane fanciulla straniera chiedendo ad un notaio di poter testare in favore della sprovveduta accompagnatrice. In tal modo l'anziano solo (magari con la moglie ricoverata all'ospizio) può comprarsi la cura intima da parte di persone socialmente deboli tratte in inganno dalla chimera di una ricca eredità. Ovviamente la disposizione testamentaria può essere revocata in qualunque momento all'insaputa della presunta beneficiaria la quale dopo aver dedicato tempo, energia, affetto o devozione ad un poliamoroso fedifrago non avrà alcun riconoscimento da parte del diritto. Anche qui mi pare evidente che perfino il modello successorio fondato sulla legittima, che quindi in qualche modo rompe con l'individualismo proprietario più estremo, sia completamente inadatto a farsi carico delle complesse realtà famigliare e affettiva contemporanea¹⁷.

Potrà essere di qualche interesse perciò tracciare un primissimo catalogo di problemi che il civilista desideroso di emancipare il diritto dei privati dalle rigidità e verticalità delle regole imperative vigenti dovrà prima o poi affrontare e risolvere. Ritengo utile a questo fine discutere brevemente tre questioni.

a) Lo *status* giuridico del soggetto poliamoroso (diritto civile, forma giuridica della comunità poliamorosa).

b) La questione del matrimonio poliamoroso e dei figli nati nella comunità poliamorosa.

c) La questione della soggettività giuridica eccedente della comunità poliamorosa.

a) Giuridicamente lo status personale di poliamoroso\à è provvisto della tutela costituzionale contro la discriminazione di carattere sessuale di cui all'art. 3 Cost. Così come non si può discriminare il *gay* o il *queer* altrettanto odiosa è la discriminazione nei confronti del poliaffettivo. Naturalmente, la questione apre volani problematici differenti nel caso di poliamoroso conclamato rispetto a poliamoroso clandestino. Per il primo, sposato o meno che sia con uno dei componenti la relazione che per comodità immaginiamo tripla, la discriminazione tenderà a presentare tratti nettamente relazionali. Per esempio, egli potrebbe essere escluso dai diritti di visita a uno o l'altro *partner* quando questi si trovino in prigione o all'ospedale. Ugualmente, potrebbe essere emarginato dall'accesso a un figlio minore di uno dei *partners* nelle relazioni scolastiche. Addirittura l'esser poliamoroso di uno (o entrambi i coniugi) potrebbe essere considerata ragione per escludere la possibilità di avere minori in adozione o affidamento. Queste e molte altre immaginabili vessazioni e discriminazioni possono colpire il poliaffettivo conclamato soprattutto in virtù di pregiudizi moralisti nei confronti di chi è sospetto di praticare l'amore libero.

Interamente diversi sono i problemi del poliamoroso riservato (*in the closet*). Infatti, mentre il primo ha il problema di essere riconosciuto come poliamoroso in una determinata situazione, il secondo ha il problema opposto ossia quello di non essere tracciato

non può sottrarre beni. Su legame fra matrimonio monogamico e successione insiste M. RIZZUTI, op. cit.

17. Vedi per la tensione fra diritto e amore S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Bari, Laterza, 2015.

nella sua poliaffettività. Qui naturalmente problematiche di varia natura attinenti al diritto alla riservatezza emergono con grande evidenza. In questo caso per esempio lo smascherare il poliamoroso fedifrago potrebbe costituire un comportamento lesivo e generare responsabilità aquilana¹⁸. Peraltro problemi non secondari derivano dalla tutela di questo tipo di *privacy* rispetto al diritto di sapere del coniuge. È ben evidente che conseguenze di un certo momento potrebbero emergere dal riconoscimento o meno della poliaffettività come orientamento sessuale dotato in quanto tale di tutela costituzionale. Recente dottrina parla, di un “diritto al rispetto della vita privata e familiare”¹⁹ che potrebbe coprire il diritto del poliamoroso a che l’ “armadio” resti chiuso finché egli (o ella) non voglia uscirne proclamando il proprio *status*.

b) Il matrimonio, si è trovato al centro della piattaforma politica vincente di una parte della comunità *gay* statunitense. Un'altra parte della stessa ha contestato questa piattaforma di lotta politica, considerandola regressiva e piccolo-borghese. Sta di fatto che il riconoscimento del matrimonio *gay* negli Stati Uniti e in diversi fra i paesi cosiddetti più avanzati dell'Occidente ha costituito forse la più importante e rapida innovazione sociale avvenuta nell'ultimo mezzo secolo (dopo quella dell'uguaglianza formale fra i coniugi)²⁰.

È recentissima la notizia, rimbalsata con una certa visibilità anche sui media di casa nostra, del riconoscimento in Colombia di un matrimonio fra tre individui maschi. La letteratura gius-antropologica riportava già il caso di una donna nigeriana sposata (con rito tradizionale) con due uomini. I casi ovviamente di poligamia sincronica fra un maschio e più femmine non sono novità ma hanno radici molto antiche. Sembra verosimile che sia proprio la questione dei matrimoni multipli ad aver acceso i riflettori sulla poliaffettività. Infatti da un lato, un sistema che riconosce l'uguaglianza formale e che santifica preferenze sessuali ben difficilmente può alla lunga impedire ai poliamorosi di sposarsi esercitando un diritto che tutti gli altri hanno²¹. Tuttavia è chiaro che la rottura con lo schema monogamico (e dunque binario) sincronico di un tale cambiamento non è di poco momento perché la coppia costituisce l'unità base di un sistema individualistico capace di riprodursi.

Ed è appunto sulla questione riproduttiva che possono sorgere questioni complesse se rimane nell'ambito della stretta nozione di riproduzione biologica su cui si basa il modello della famiglia nucleare borghese. Ipotizziamo infatti una comunità poliaffettiva e sessualmente attiva di tre persone di cui due uomini e una donna. Ovviamente un figlio nato in questo contesto “apparterrebbe” sul piano sociale oltre che alla madre anche ad

18. Vedi P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato diritto civile diretto* da R. Sacco, Torino, UTET, 1998.

19. M. RIZZUTI, op. cit., p. 163.

20. Vedi M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia?*, Bari, Laterza, 2014.

21. Cfr. tuttavia H. AVIRAM, G. M. LEACHMAN, *The Future of Polyamorous Marriage. Lessons from Marriage Equality Struggles*, in 38 *Harn. J. Law and Gender*, 270 (2015).

entrambi i padri. Sarebbe del tutto assurdo far discendere una paternità esclusiva dall'esito della guerra fra spermatozoi per fecondare l'ovulo, come avverrebbe qualora si indicasse la soluzione tecnologica ossia il test del DNA. È del tutto evidente l'assoluta casualità di chi effettivamente feconda l'ovulo e perfino il particolare spermatozoo che prevale fra i milioni di contendenti potrebbe essere determinato da un posizionamento favorito dall'andamento di quella che Baker chiama "guerra sessuale"²². Ovviamente dunque entrambi i padri vorrebbero riconoscere il piccolo e l'impossibilità di un riconoscimento plurimo introduce un'altra di quei conflitti fra realtà sociale e possibilità giuridica che salvo casi assai rari dovrebbe essere risolta a favore della prima.

È dunque chiaro che lo schema attuale impone un'ossessione binaria compatibile solamente con quella visione riduzionistica o meccanicistica che il diritto borghese inaugura con la modernità e che stride con la complessità del reale²³. In effetti, un'osservazione anche superficiale delle società non occidentali e pure delle società occidentali prima della rivoluzione borghese (modernità) mostra che al centro dei processi di riproduzione sociale non sta la soggettività individuale ridotta a contratto fra un maschio e una femmina come nel Codice napoleonico, simbolo del meccanicismo giuridico. La riproduzione è in verità il prodotto di un gruppo, l'ecosistema in cui le giovani scimmie nude²⁴ vengono prodotte e socializzate. Non solo la famiglia allargata ma l'intera comunità di villaggio risulta responsabile dei più piccoli membri (per esempio lo *ius corrigendi* è diffuso nel villaggio africano e chiunque può mollare uno scappellotto al discolo) e le figure genitoriali multiple sono la regola e non l'eccezione (si pensi alla classica balia che porta il bambino al seno fino allo svezzamento).

La modernità con la sua necessità di legalizzazione formale dei rapporti fra soggetto umano e oggetto naturale al fine di produzione capitalistica disciplina il matrimonio come contratto fra soggetti al fine di attribuzione dei diritti proprietari e di massima concentrazione possibile delle risorse. Ovviamente, forme di legittimazione della discendenza e al fine di trasferimento intergenerazionale di ricchezza e potere sono sempre esistite fra le *élites*, (pensiamo quanto l'adozione sia stata storicamente cruciale per le successioni imperiali) così come il matrimonio (o il primo matrimonio) ha sempre garantito qualche privilegio sociale alla moglie rispetto alla concubina. Ma la certezza biologica della paternità è un'ossessione scienziata, figlia della modernità che soltanto molto di recente, col test del DNA crediamo di aver soddisfatto. La verità è che il poliamore genera figli, spesso più intelligenti di come sarebbero stati quelli biologici, produce legami e rapporti profondi e

22. Cfr. R. BAKER, *Guerra sessuali. Alle radici dell'infedeltà*, Milano, Baldini e Castoldi, 1997.

23. Approfondimenti in F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, Aboca, 2017.

24. Il riferimento è al famoso libro del 1967 di D. MORRIS, *La scimmia nuda. Studio zoologico sull'animale uomo*, Milano, Bompiani, 2011.

in ogni caso vive da sempre in una dimensione anche giuridica, seppur forse cadetta, che la modernità borghese ha cercato di travolgere come ha fatto con tutte le comunità inter-medie. Lo ha fatto mettendo la poliaffettività fuori-legge relegandola nel mondo dei fatti. Ciò viene fatto con la consueta violenza con cui la tenaglia individualizzante fra stato e proprietà prova a distruggere i beni comuni.

Questa osservazione rende la questione della legalizzazione del poliamore strutturalmente diversa da quella del matrimonio *gay* che pure ha dato la stura al dibattito negli Stati Uniti. Quest'ultimo infatti al più rompe con la morale borghese ma non con la struttura economica profonda, individualistica della società borghese. Il matrimonio *gay* è perfettamente compatibile ed anzi desiderabile come strumento di allargamento delle strutture capitalistiche. Esso include in certe transazioni contrattuali aprendo il mercato a nuovi soggetti individuali portatori di diritti e responsabilità individuali, senza per nulla mettere in discussione l'individualismo borghese e il meccanicismo della struttura giuridica che lo sostiene.

È ovvio infatti che di fronte al poliamore vada in crisi proprio la visione meccanicistica del diritto come strumento che disciplina rapporti fra individui, immaginati come soggetti dotati di diritti. La stessa distinzione a diritto soggettivo e diritto oggettivo mostra la radice cartesiana e meccanicistica propria della giuridicità borghese che scompone il diritto oggettivo in un aggregato somma algebrica di diritti soggettivi individuali in rapporto di esclusività con lo Stato (diritto pubblico). A questa visione della società (che poi è la struttura transattiva del diritto borghese, sovrastruttura della merce di cui parlava Pashukanis²⁵), si accompagna quella del matrimonio sinallagmatico esclusivo costruito come naturale per esigenze di disciplina degli aspetti economici dello scambio riproduttivo²⁶. Poiché la monogamia non è una condizione naturale (difficile discernere la natura umana dalla cultura²⁷) ecco che con l'entrata in vigore del divorzio si aprono spazi per la poligamia diacronica che allarga la platea di quanti inclusi sul lungo periodo, ma che nella logica capitalistica del qui e adesso resta perfettamente compatibile con la struttura di fondo. Come la multiproprietà o i diritti reali limitati nel tempo supplementano la logica proprietaria senza in alcun modo romperla, similmente il divorzio, forma di poligamia diffusa nel tempo, supplementa senza traumi la struttura borghese rendendola compatibile con gli effetti della predicazione individualistica e libertaria che mal fa sopportare le restrizioni di libertà di scelta. L'allargamento libertario continua col matrimonio *gay* che è portatore della stessa logica. Viceversa il comunitarismo insito nel poliamore mette in discussione la struttura individualistica, proprio come la comunione mette in crisi la proprietà privata ed il suo corollario valore di scambio. Dal punto di vista valoriale, ciò che la

25. E. PASHUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, Bari, De Donato, 1975.

26. Cfr. F. ENGELS, *Origini della proprietà privata, della famiglia e dello Stato*, Newton Compton, 2001.

27. Il classico resta il M. MARCUSE di *Eros e civiltà*, Einaudi, 1964.

comunità mette in crisi è infatti la riduzione della giustizia a quella commutativa, una delle grandi operazioni riduzionistiche della modernità, avvenuta durante il passaggio dal diritto naturale spagnolo (tarda scolastica) e il razionalismo giuridico nord-europeo. La giustizia distributiva (che riguarda il tutto e non il rapporto fra le sue parti) non esiste più nel diritto privato che fa dell'equilibrio del *qui pro quo* fra soggetti il solo ambito rilevante²⁸.

La comunità invece, come organismo produttivo e riproduttivo autonomo fondato sul valore d'uso e non sullo scambio, da un lato riduce i soggetti che dipendono dal mercato per la soddisfazione di bisogni primari (le comunità contadine per esempio si producono il cibo e non lo comprano dalle multinazionali) e dall'altra si mantiene vitale nella soddisfazione del valore d'uso soltanto qualora una ragionevole giustizia distributiva sia rispettata²⁹.

In altri termini, la sfida che il poliamore porta al diritto civile occidentale è davvero radicale nel senso che ne coinvolge le radici saldamente piantate nelle mitologie della modernità³⁰. Il poliamore come esperienza comunitaria non percorre la consueta strada della trasformazione di valore d'uso in valore di scambio ossia di beni comuni in capitale ma costituisce una mossa nella direzione opposta. Esso riduce lo spazio dello scambio a favore del recupero di spazi d'uso, per esempio attraverso la riduzione di costi resa possibile dalla condivisione degli spazi o le economie di scala prodotte dal cucinare cibi insieme. Per il capitale, l'ideale è una società fatta di *singles* o di coppie sposate che vivono in luoghi diversi perchè ciò allarga il consumo. Le comunità coese che condividono spazio, tempo e affettività non sono desiderabili perchè consumano meno. In questo quadro si colloca la campagna contro i "bamboccioni" scatenata dalle visioni pseudo-modernizzatrici della nostra società (che esaltano il modello americano coi figli che escono di casa quasi obbligatoriamente per il *college*). In questo senso il poliamore è una genuina istituzione della *sharing economy* che percorre la via ecologica e virtuosa di minor consumo e maggior condivisione. La sua istituzionalizzazione lancia una sfida frontale alla concezione solipsistica ed egocentrica dei diritti,³¹ e non a caso la domanda sociale per il suo riconoscimento emerge nel momento in cui la "saturazione" degli spazi promuove una rinnovata riflessione sui doveri.³²

Che deve fare il diritto civile davanti a tutto ciò? Io credo si produca qui una genuina opportunità per rivendicare, in un momento di crisi senza precedenti della visione modernistica e meccanicistica del mondo, la propria natura di *diritto dei privati* provando a superare gli schemi borghesi e lottando contro ogni concezione autoritaria dell'ordine

28. F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia*, cit.; G. MARAMAO, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000.

29. G. MARRAMAO, *supra*.

30. Vedi M.R. MARELLA, *Poligamia. Un problema per il diritto occidentale*.

31. Sul rapporto fra individualismo dei diritti all'occidentale e ampliamento degli spazi di mercato capitalistico si veda ancora E. GRANDE, *I do it for myself!*, cit.

32. Vedi da ultimo G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017.

pubblico. Per fare ciò la riflessione sul poliamore non può che convergere con quella sommamente feconda che si sta svolgendo su beni comuni, interpretazione contro egemonica del diritto ed ecologia giuridica.

Il poliamore nella prospettiva dei beni comuni porta la comunità poliamorosa stessa a rivendicare una propria soggettivizzazione collettiva, non come aggregato di parti ma come un tutto fatto di persone, di relazioni e di beni disciplinati per il presente e per il futuro. Gli strumenti civilistici utili a questo scopo non mancano, dalla fondazione al *trust* ad altre forme di personalità giuridica che lascino lo spazio interno libero di governare i rapporti fra i membri presenti e futuri secondo i dettami della solidarietà anche generazionale e della giustizia distributiva. Tutto ciò è possibile e desiderabile in un quadro che rifiuti ogni verticalità nel diritto privato, ogni autoritarismo pubblico e ogni discriminazione e disciplina imposta di pratiche eterodosse.

Occorrerà che la cultura civilistica più illuminata faccia quadrato intorno alle pratiche poliamorose che vorranno formalizzarsi ma soprattutto che si ponga, nell'interpretazione del diritto vigente, il problema di come governare i rapporti di quelle che, siano esse clandestine o conclamate, non lo hanno potuto, voluto o saputo fare³³. Tutte le regole di *default* del diritto civile sono oggi informate alle esigenze del meccanicismo borghese ed è su questo terreno che l'interpretazione deve muoversi per produrre un'incrementale inversione di rotta, inclusiva di ogni pratica socialmente virtuosa (quale appunto il poliamore)³⁴. Quello della civile disciplina giuridica del poliamore è a bene vedere parte di un più grande ed urgente disegno di conversione ecologica del diritto privato capace di renderlo infrastruttura di pratiche virtuose.

33. Nella società borghese il poliamore è sempre penetrato nelle famiglie tramite l'istituzione della "ipocrisia". La letteratura italiana, da Moravia a Pasolini, ha sempre tratto ispirazione da tale ineffabile istituto. Da ultimo vedi le deliziose pagine di D. DE SILVA, *Divorziare con stile*, Einaudi, 2017, pp. 24 e 25, sulla figura degli "zii" informali e sulle somiglianze fisiche che tutti notano e nessuno commenta. Naturalmente il test del DNA condivide con gran parte della tecnologia l'attitudine a sconvolgere questi equilibri affettivi poli-amorosi "nell'armadio".

34. Vedi su questo piano di lavoro A. QUARTA, M. SPANÒ (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milano, Mimesis, 2016; e U. MATTEI, *Postfazione*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Rispondere alla crisi*, Verona, Ombre Corte, 2017.

LOS ALIMENTOS DEBIDOS A LOS HIJOS MENORES DE EDAD EN LOS SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN DE UNA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL*

MARTA ORDÁS ALONSO

Prof. Titular de Derecho Civil. Universidad de León

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio introdujo en el art. 92 del Código Civil¹ la posibilidad de establecer la mal denominada guarda y custodia compartida. No resulta pertinente efectuar en esta sede un análisis de los numerosos problemas que el régimen jurídico de la custodia compartida plantea, en gran parte motivado por el silencio del Código Civil en temas capitales como, por lo que ahora nos interesa, el relativo al establecimiento de las pensiones alimenticias en estos casos. Me limitaré, por tanto, a poner de manifiesto únicamente dos ideas previamente a adentrarme en el tema que nos ocupa. Primera. Pese a lo que el tenor literal del precepto pudiera, a primera vista, indicar, el Tribunal Supremo, a partir de la STS (Sala de lo Civil) núm. 257/2013 de 29 abril, declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92.5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando, y he aquí lo más importante que aporta la Sentencia, que la redacción del artículo 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse

*. Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO DER2015-69261 “La evolución de las instituciones jurídicas de protección de menores”. Para su redacción se han utilizado las siguientes abreviaturas: Núm. número, STC. Sentencia Tribunal Constitucional, STS. Sentencia Tribunal Supremo, SSTS. Sentencias Tribunal Supremo, STSJ. Sentencia Tribunal Superior de Justicia, SAP. Sentencia Audiencia Provincial, SSAP. Sentencias Audiencia Provincial.

1. La STC 185/2012, de 17 de octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 CC, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen.

con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea². Segunda. Entre las numerosas ventajas que este sistema de atribución de la guarda y custodia presenta cabe señalar, con el Tribunal Supremo, que se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; se evita el sentimiento de pérdida; no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos³.

Se observa, en consecuencia, un progresivo, aunque lento, abandono del principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro, superándose la visión de la custodia compartida como un modelo excepcional. Es más, algunos derechos forales, dando un paso más, otorgan a este sistema carácter preferente⁴.

Centrándonos en el tema objeto de este trabajo, la Ley 15/2005, de 8 de julio, nada estableció sobre la pensión alimenticia en casos de custodia compartida. Tema central y de indudable repercusión práctica sobre los que llama la atención el silencio del legislador.

Pues bien, así las cosas, no resulta en absoluto ajeno a la práctica forense que el propio convenio regulador de la separación o divorcio señale como contribución alimenticia que cada progenitor se hará cargo durante los períodos asignados de estancia con el

2. Doctrina reiterada, entre otras en STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 757/2013 de 29 noviembre, STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 368/2014 de 2 julio, STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 585/2015 de 21 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 55/2016 de 11 febrero, STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 133/2016 de 4 marzo, STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 242/2016 de 12 abril, STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 390/2015 de 26 junio, STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 545/2016 de 16 septiembre, STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 559/2016 de 21 septiembre.

3. SSTS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 368/2014 de 2 julio, núm. 465/2015 de 9 septiembre, núm. 33/2016 de 4 febrero, núm. 55/2016 de 11 febrero, núm. 133/2016 de 4 marzo, núm. 545/2016 de 16 septiembre.

4. Así acontecía, por ejemplo, con el art. 5.2 de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven a cuyo tenor la autoridad judicial, como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos. Y se prevé en el art. 5.4 que esta regla general tan sólo pueda excepcionarse (estableciendo un régimen de convivencia de los menores con uno solo de los progenitores) cuando el Juez lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor, “y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”. Hay que tener en cuenta que esta Ley fue declarada inconstitucional y, por lo tanto, nula por STC (Pleno) de 16 de noviembre de 2016, si bien la declaración de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas.

menor de los correspondientes gastos de alimentación en sentido amplio del mismo, contribuyendo al 50% a sufragar los gastos de carácter extraordinario. A este respecto, indica la SAP de Murcia (Sección 4ª) núm. 459/2013 de 18 julio, en principio tal sistema de contribución se acomodaría al régimen de guarda y custodia compartido que los progenitores han asumido, al tiempo que tal contribución alimenticia no resultaría contradictoria ni infringiría tampoco los principios comprendidos en los arts. 90, 151 y 1814 del Código Civil y que, sin duda, es el resultado del interés y preocupación de los mismos en orden a procurar a sus hijos el mayor beneficio y estabilidad, como consecuencia del cese de la convivencia matrimonial. No resultaría necesario entonces la fijación de una concreta cantidad con cargo a uno y otro progenitor por cuanto, a través del sistema pactado, el interés de los menores se encuentra garantizado.

Los problemas derivados del hecho de que en la custodia compartida cada progenitor se haga cargo de los gastos de alimentación, vestido, etc. del menor cuando lo tenga en su compañía son gráficamente puestos de manifiesto por la SAP de A Coruña (Sección 3ª) núm. 11/2016 de 15 enero. Indica la Sentencia:

“1º.- Con el sistema de custodia compartida inicialmente los gastos de alimentación son sufragados por el progenitor custodio en cada período. Pero eso siempre y cuando ambos tengan posibilidades económicas de prestar tales alimentos. Si la desproporción económica entre ambos es importante podría generarse una diferenciación en la atención a la menor. En unos períodos la niña gozaría de una holgura económica, y en otros pasaría estrecheces, lo que sería percibido por la menor⁵. La obligación alimenticia que pesa sobre un padre no se puede circunscribir a los períodos en que está bajo su guarda, sino que se extiende a toda su vida. Por lo que puede haber una desproporción entre lo que abone uno y otro, dependiendo de sus divergentes ingresos.

2º.- No puede aceptarse que cada progenitor se encarga del vestuario por su cuenta. O de otros gastos ordinarios. Supondría que según esté con uno u otro lleve ropa de clase y tipo distinto. Un auténtico dispendio, máxime en etapas de rápido crecimiento de los niños, donde la ropa deja de servirles enseguida; y cuando al mismo tiempo muestra su queja por la estrechez económica que pasa.

3º.- Además hay otros gastos ordinarios (por ejemplo la compra de libros y ropa al comienzo del curso) que según el sistema planteado serían soportados en exclusiva por el progenitor que esa semana tuviese a la niña bajo su guarda”.

En el IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados y en las VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales celebradas en Valencia el 26, 27 y 28 de octubre de 2009, se alcanzó la siguiente

5. En esta idea insiste la SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 45/2016 de 15 abril pues, indica, “se trata de que el bienestar sea similar en ambos hogares respectivos de cada progenitor. Es decir las destinatarias finales son las hijas”.

conclusión: “Es obligatorio establecer una pensión alimenticia en favor de los hijos en los casos de custodia compartida, sin perjuicio de tener en cuenta la distinta capacidad económica de los progenitores para fijar el *quantum* de la obligación alimenticia. Las fórmulas para su pago pueden consistir en alguna o algunas de las siguientes: a) Pago recíproco de pensión alimenticia en la cuantía que corresponda. En caso de igual o similar capacidad económica de los progenitores, podrá establecerse que cada uno soporte los gastos que genere la manutención de los hijos cuando los tenga en su compañía, abonados por mitad los gastos fijos ordinarios y los extraordinarios mediante domiciliación bancaria de sus pagos en una cuenta común que se nutra con iguales aportaciones dinerarias de las partes. b) Ingreso de la pensión alimenticia establecida en una cuenta bancaria de titularidad conjunta de los progenitores y disponibilidad mancomunada, en la que se domicilien todos o parte de los gastos fijos que generen los hijos. c) Pago directo por un progenitor, o por ambos, a terceros de determinados gastos de los hijos. d) Combinación de cualquiera de las formulas anteriores”.

Puestos de relieve los problemas que el no establecer una pensión alimenticia en supuestos de custodia compartida plantea, cabe señalar que mayoritariamente, con buen criterio, se estima que la forma de ejercer la guarda de los menores, en el caso de separación o divorcio de los padres, no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes ni el régimen de proporcionalidad en el pago de los mismos y, en consecuencia, tan sólo no procederá el establecimiento de pensión de alimentos alguna cuando ambos progenitores se hagan cargo de los hijos menores durante un tiempo igual o sustancialmente igual (sin diferencias significativas), y tengan un nivel de ingresos semejante (sin diferencias relevantes), sin que deban operar automatismos del 50% en dichos supuestos, debiendo efectuar un análisis concreto de las posibilidades económicas de los padres en relación con las necesidades de los hijos, para, en función de los parámetros indicados, resolver conforme a derecho en orden a los alimentos precisos para cubrir sus necesidades⁶. Pero es más, el automatismo del 50% obvia la posible existencia de una custodia compartida con un reparto del tiempo desigual⁷. Posicionamiento que es acogido por el Tribunal Supremo en diferentes Sentencias. En concreto, en STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 390/2015 de 26 junio establece que, en principio, el régimen de guarda y custodia comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo al hijo. El problema surge cuando existen diferencias

6. STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 22/2014 de 7 abril, STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 4/2016 de 28 enero, SAP de Asturias (Sección 7ª) núm. 487/2013 de 5 diciembre, SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 83/2014 de 10 junio, SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 92/2014 de 20 junio, SAP de León (Sección 1ª) núm. 4/2016 de 14 enero, SAP de Cáceres (Sección 1ª) núm. 214/2016 de 6 mayo.

7. Posibilidad expresamente admitida en el art. 80.1 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón.

sustanciales en los ingresos y recursos de uno con reparto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres - artículo 93 CC- especialmente en el momento en que estos permanecen bajo la custodia del menos favorecido. La misma idea subyace en las Sentencias (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 55/2016 de 11 febrero y núm. 133/2016 de 4 marzo en las que específicamente se declara que la custodia compartida no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges o cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno, ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da (art. 146 Código Civil)⁸. Con la misma base, las SSTs (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 658/2015 de 17 noviembre y núm. 545/2016 de 16 septiembre imponen a ambos progenitores satisfacer directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%, al no controvertirse la situación equilibrada de los ingresos de los padres. Establece excepciones a dicha regla la STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 33/2016 de 4 febrero en la que se establece que “cada progenitor afrontará los alimentos en los periodos en que tenga la custodia del menor, con excepción de los de inicio del curso escolar (libros, material escolar, chándal, uniforme, si es el caso), que deberán compartirse que en cada periodo pese a la consideración de ordinarios. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad teniendo la consideración de tales los médico-farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, clases de apoyo escolar que pueda necesitar la menor y actividades extraordinarias consensuadas por ambas partes”. La SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 673/2015 de 9 diciembre fija en doscientos veinticinco euros al mes la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de la menor, de los que la madre satisfará una tercera parte y el padre las otras dos terceras partes.

Acogiendo el posicionamiento jurisprudencial mayoritario, estima la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) núm. 29/2015 de 4 mayo, en el caso de que se acredite que la capacidad económica de uno de los progenitores es muy superior a la del otro, para evitar que las posibles desigualdades económicas puedan alterar la estabilidad del menor e incidir en sus preferencias, se puede optar para compensar la menor capaci-

8. Sumamente gráfica resulta la SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 120/2016 de 22 abril al establecer que “la diferencia en la capacidad económica de los progenitores justifica, que aun existiendo una custodia compartida, el progenitor que posea superiores ingresos o medios económicos contribuya también a la obligación de alimentos de los hijos, mediante el pago de una pensión al otro progenitor, puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los hijos, sería contrario a la regla de proporcionalidad del art. 145 y 147 CC y al principio del *favor filii*, su no establecimiento. No debemos olvidar que los hijos tienen derecho a compartir con sus padres, sin cicaterías, el nivel económico y medios de vida de que estos disfrutaban y que para ello, en una situación de guarda compartida, se hace preciso en ocasiones, para que no se produzcan desequilibrios evidentes entre la vida con uno y otro progenitor, fijar a cargo del que está en mejor situación económica una pensión de alimentos”.

dad económica de uno de ellos por un sistema de cuenta común o por el establecimiento de una pensión de alimentos a favor del menor entregada al progenitor que ostente una menor capacidad económica, y ello aun cuando el tiempo de permanencia con los hijos/hijas sea idéntico.

Ahora bien, solicitada una modificación de medidas sobre la base del establecimiento de un régimen de guarda y custodia similar al de la custodia compartida lo que supone, a juicio del alimentante, que se deba fijar como alimentos para la menor la modalidad que la jurisprudencia contempla para esta clase de custodia el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en Sentencia núm. 560/2016 de 21 septiembre, desestima el recurso de casación “porque el régimen de guarda y custodia que se acuerda no es el de la compartida sino el de un progenitor custodio con un amplio régimen de comunicación y visitas a favor de que no lo es. En segundo lugar porque el régimen de custodia compartida no siempre supone la supresión de la pensión de alimentos, sino que se habrá de estar a las circunstancias personales de ambos progenitores. No se eximirá del pago cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos o cuando uno de ellos no perciba salario o rendimiento alguno, pues la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da. De ahí que los pronunciamientos no sean uniformes aunque el régimen aplicable sea el de custodia compartida”. Nada que decir en cuanto al segundo argumento utilizado por el Tribunal Supremo. Mayores problema nos presenta, sin embargo, el primero de ellos pues habrá que estar al caso concreto y ver cuán amplio es el régimen de visitas. Hay que tener en cuenta que, con posterioridad a la STS (Sala de lo Civil) núm. 257/2013 de 29 de abril, a la que anteriormente he tenido ocasión de referirme, y aun en aquellos supuestos en los que no se establece una guarda y custodia compartida, se han ampliado notablemente los períodos de visitas a cargo del progenitor no custodio llegando, en ocasiones, a suponer el 50% del tiempo. Circunstancia que habrá de tener su repercusión en el importe de la pensión alimenticia no siendo posible que, calculadas las necesidades del hijo, se imponga el abono de una pensión de alimentos al obligado al pago de igual cuantía tenga un régimen de visitas que consista en fines de semana alternos o, además, de los martes y jueves por poner un ejemplo.

Frente a aquellas resoluciones judiciales que se limitan a trasladar al caso concreto la doctrina expuesta y, en consecuencia, apreciada la diferencia de medios entre ambos progenitores proceden a establecer una prestación de alimentos a cargo de uno solo de ellos⁹, o

9. Así, por ejemplo, la SAP de León (Sección 1ª) núm. 4/2016 de 14 enero fija una pensión de alimentos a cargo del padre de 40 euros. En el caso de la SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 144/2005 de 1 marzo cada progenitor alimentará directamente durante el período que tenga consigo al hijo, si bien, atendiendo a las diferentes posibilidades económicas de ambos progenitores, además, el padre abonará por alimentos a la esposa para cuando tenga consigo a este hijo la suma de 100 euros. La SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 120/2016 de 22 abril considera el establecimiento de una guarda y custodia compartida conlleva que cada pro-

de ambos pero en diferente cuantía, sin mayores consideraciones, hay otras Sentencias que por su particularidad son merecedoras de un, siquiera breve, comentario.

Tanto la SAP de León (Sección 2ª) núm. 136/2016 de 27 abril como la SAP de Asturias (Sección 7ª) núm. 300/2016 de 13 julio aprecian que no concurre una desproporción entre los ingresos de uno y otro progenitor que les impida afrontar con los mismos directamente los alimentos del menor cuando se encuentre en su domicilio. Aplican, por tanto, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo. El problema recae, a mi juicio, sobre el juicio de valor tendente a determinar cuándo hay, o no, desproporción en los ingresos. En el primer caso, las nóminas del padre se situaban en torno a los 1.400/1500 € y las de la madre a 1.035 €. En el segundo, el padre percibe unos rendimientos mensuales de 3.093,60 € y la madre unos 2.182,31 € euros mensuales. No nos parece que los ingresos, en uno y otro caso, de ambos progenitores se sitúen en un nivel de igualdad. Cosa distinta es que, efectivamente, ambos tienen un nivel de ingresos que les debería posibilitar poder atender las necesidades de sus hijos, cuando éstos se encuentren en su compañía, sin mayores problemas pero no cabe hablar de ausencia de desproporción¹⁰.

La SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 83/2014 de 10 junio parte de manera estimativa de que cada hijo pueda originar un gasto total de unos 300 euros al mes como alimentación ordinaria *ex art.* 142 del Código Civil (alimentación, vestido, etc.) gastos extraordinarios aparte. Desde tal cantidad, como hay una convivencia compartida, considera la Audiencia que cada progenitor habría de soportar 100 euros (lo que entre ambos hace 200 euros de ese total de 300 euros) solo para manutención cuando residan con ellos. Y los otros 100 restantes de cada hijo (o sea 200 euros por ambos) los soportará en exclusiva el padre y se destinará a vestido o lo que acuerden ambos progenitores, de modo que los ingresará mensualmente en una cuenta bancaria común para tal menester, sin poder

genitor deba hacerse cargo de los gastos ordinarios de los menores mientras estén en su compañía (alimentos, vestido, aseo, ocio...) debiendo el padre además abonar a la madre la cantidad de 500 euros al mes para los dos hijos, a razón de 250 euros por hijos, en la cuenta corriente que esta designe dentro de los cinco primeros días de cada mes. Pensión actualizable en la forma dicha por la sentencia recurrida. La SAP de León (Sección 2ª) núm. 192/2016 de 17 junio fija una pensión alimenticia a cargo del padre de 125 €.

10. Lo mismo cabe decir de la SAP de Asturias (Sección 7ª) núm. 314/2016 de 15 julio en la que la madre percibe unos ingresos brutos mensuales de 1.145,01 euros, habiendo percibido en el año 2014, como consecuencia de la consecución de objetivos por la empresa, 2.625,89 euros brutos, y D. Juan Pablo, unos ingresos brutos anuales de 21.000 euros, es decir, 1.750 euros brutos mensuales. Datos de los que se desprende, en opinión de la Audiencia, que no concurre una desproporción entre los ingresos de uno y otro progenitor que les impida afrontar con los mismos los alimentos del menor cuando se encuentre bajo su custodia, por lo que deviene innecesario fijar una concreta pensión alimenticia a cargo de uno u otro progenitor y el resto de los gastos ordinarios que puedan surgir, salvo acuerdo entre ellos en otro sentido, en el porcentaje de los gastos extraordinarios fijados en sentencia de instancia, al 50%, en la forma que libremente establezcan. Acierta la Audiencia al afirmar que ambos pueden afrontar el importe de los alimentos cuando tengan a los hijos en su compañía, pero no se puede estimar que se sitúen al mismo nivel, que es lo que el Tribunal Supremo requiere para no fijar pensión alimenticia.

hacer compensaciones unilaterales el padre de esa cantidad para ingresar menos. “Se trata de evitar mediante esta cantidad fija actitudes cicateras en la dotación de vestuario de los niños, de uno u otro progenitor, que obliguen al otro a suplirlas”.

Apreciados los ingresos en cómputo anual, en un supuesto en el que el padre tiene unos emolumentos muy superiores a los de la madre -en algunos años la diferencia ha sido el triple-, entiende la SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 92/2014 de 20 junio “que una forma de repercutir esa diferencia de ingresos en la asunción de los gastos ordinarios de los hijos, puede ser mediante el mantenimiento de la atribución a la madre (y a los hijos, durante los períodos de tiempo en que estos van a vivir con la madre) del uso de la vivienda familiar hasta que los hijos accedan a la mayoría de edad, contribuyendo de esa forma adicional el padre (con recursos económicos superiores) a satisfacer un capítulo de los alimentos de los hijos tan importante como es la vivienda (al cual contribuirá no sólo con la vivienda en la que él reside, asumiendo el coste de ésta; sino también a través de la atribución del uso de vivienda en la que habrán de residir los hijos cuando estén con su madre -copropiedad de ambos progenitores-)”.

Sumamente minuciosa resulta la SAP de A Coruña (Sección 3ª) núm. 11/2016 de 15 enero que, literalmente, establece “se constituirá un fondo que administrará doña Inés, para atender a las demás necesidades de la menor. Diferenciándose: (a) Cuando doña Inés tenga trabajo, la comida y demás gastos ordinarios diarios serán a cargo del progenitor custodio correspondiente. Los demás gastos de escolarización, libros, ropa, sanitarios no cubiertos por el sistema público de sanidad se sufragarán con cargo al fondo que se crea. A él contribuirán don Valeriano con la cantidad mensual de doscientos euros (200,00 €/mes), y doña Inés con cien euros mensuales (100,00 €/mes), que se ingresarán por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que doña Inés designe. (b) Cuando doña Inés no tenga trabajo no hará aportaciones a ese fondo, y don Valeriano deberá contribuir con la cantidad de trescientos euros mensuales (300,00 €/mes). En estos períodos doña Inés podrá disponer del fondo para los gastos de comida y demás ordinarios de la niña. Las indicadas cantidades serán revisadas en el mes de Enero de cada año, en proporción directa a la variación del Índice de Precios al Consumo experimentada en la anualidad anterior. Doña Inés deberá rendir cuentas a don Valeriano al menos una vez al año, con aportación de los justificantes de los gastos realizados. Además los padres deberán contribuir en el cincuenta por ciento de los importes correspondientes a gastos extraordinarios”.

Merece la pena detenerse en el análisis de la SAP de Cáceres (Sección 1ª) núm. 214/2016 de 6 mayo y ello desde dos diferentes perspectivas: Por un lado, y haciéndose eco de la doctrina mayoritaria expuesta en párrafos precedentes de acuerdo con la cual el hecho de que se haya acordado un régimen de guarda y custodia compartida sobre la hija menor de edad no debe determinar, *per se* y sin más, que cada progenitor hubiera de asu-

mir económicamente la totalidad de las necesidades de la hija cuando se encuentre en su compañía dado que puede existir una objetiva desproporción en la capacidad económica de los progenitores como de hecho acontece, procede a fijar una fijar una pensión de alimentos de 250 € mensuales a favor de la hija menor, con cargo al padre contemplando, por un lado, que la madre se encuentra en situación de desempleo; en segundo lugar, que el padre cuenta con una situación económica y patrimonial que le permite asumir una obligación alimenticia para con su hija adecuada para atender con mayor suficiencia sus necesidades, y, finalmente, que las necesidades de una hija de cinco años de edad son notables y notorias. Ahora bien, y aquí se encuentra la especificidad del fallo de la Audiencia, dicha cantidad la abonará el padre únicamente en los meses en los que la hija menor se encuentre en compañía de su madre. Por otro lado, el Juzgado de instancia, en la Sentencia recurrida, había acordado que el padre debería abonar a la madre 100 euros en concepto de alimentos de la menor ahora que la madre se encuentra desempleada y que, cuando la madre esté de nuevo trabajando, ambos progenitores ingresarían la cantidad de 100 euros en una cuenta a nombre de la menor y de la que ambos podrán disponer con el fin de contribuir a los alimentos de la misma. Pues bien, la Audiencia suprime el fallo de la Sentencia de instancia en este punto en la medida en que, estima, “se trata de una previsión de futuro que deberá adoptarse, en su momento, en función, tanto de la capacidad económica de la madre, como de las necesidades de la hija; de tal modo que, en hipótesis, tal cantidad, atendiendo a dichos parámetros, podría ser, tanto superior, como inferior, a ese importe de 100 euros. En consecuencia, deberá ser en el proceso de modificación de medidas que, en su caso, se incoare donde se determine la previsión de abono de la pensión de alimentos que pudiera corresponder a la madre en función de las consideraciones expuestas, es decir, del alcance de la alteración sustancial de las circunstancias que, en su caso, se hubiera producido”.

Las diversas soluciones que pueden adoptarse en los supuestos de custodia compartida son sintetizadas, en función de las necesidades concretas de cada caso, por Santana Páez¹¹ en las siguientes: 1. Fijar la obligación de contribuir cada uno de los padres a abonar los gastos del hijo durante el período que éste permanezca bajo su custodia y compartiendo en forma proporcional a los gastos extraordinarios. Sistema que, a juicio de la autora, sólo resultaría aplicable cuando la alternancia sea por periodos largos que coincidan esencialmente con el devengo de los gastos más importantes (ej. por cursos escolares). Hay que tener en cuenta que, a juicio del Tribunal Supremo, únicamente sería factible en supuestos de existencia de equilibrio entre el patrimonio de ambos progenitores. 2. En caso de importante desigualdad de ingresos entre ambos cónyuges, se determina que cada uno de ellos se ocupe del alimento en el periodo en que los tenga en su

11. SANTANA PÁEZ, Emelina: “Pensión alimenticia, régimen de visitas y custodia compartida”, *Boletín de Derecho de Familia*, n° 45-46, 2005, p. 16.

guarda. Del restante gasto, uno de los progenitores deberá entregar al otro, en el periodo en que esté con él, una cantidad, y éste asumirá el resto con cargo a sus ingresos. 3. Que cada uno de los progenitores asuma el gasto de alimentación del hijo en los tiempos de residencia con él, y se fijen pagos directos a cargo de uno u otro, de determinados gastos, como los de educación, delimitando claramente quien paga y que conceptos se incluyen en el mismo de forma que no dé lugar a incidentes posteriores (ej. todos los gastos generados por el centro escolar o universitario al que asisten, incluidos libros, material escolar...) o distribuir los gastos de ropa y ocio por periodos (ej. uno la ropa y vestuario de invierno, otro el de verano, los gastos de ocio, por meses,...). 4. Si uno de los padres carece de ingresos o son insuficientes, ello no debiera ser óbice para el establecimiento de una guarda conjunta, pero necesariamente, el otro progenitor deberá hacerse cargo de los gastos del hijo, mediante el abono de una pensión alimenticia o acumuladamente, el pago directo de ciertos gastos¹².

Reviste especial interés la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 75/2016 de 8 febrero en la que se determina que, “como suele hacerse en supuesto de guarda y custodia compartida, lo procedente es que se abra una cuenta a nombre de la menor, a la que tengan acceso ambos progenitores, y en la que se ingresarán, 200 euros por cada uno de los progenitores, puesto que 400 euros se muestran suficientes para cubrir las necesidades habituales de una menor de 11 años, habida cuenta de la relación de gastos que aportan ambos progenitores, ya que el niño va andando al colegio y come en ocasiones en el comedor. En esa cuenta corriente se cargarán gastos de colegio, ropa, libros, seguros médicos del niño y similares. Pese a la diferencia de ingresos entre ambos progenitores, se estima que puesto que la madre va a ocupar el domicilio familiar, ha de pagar lo mismo que el padre. Una vez liquidada la sociedad de gananciales y que la madre abandone el domicilio familiar, el padre pasará a abonar 250 euros mensuales; y sin perjuicio de que un cambio de circunstancias de uno u otro pueda hacer variar estas cantidades”.

Lo que enlaza con la necesidad de plantearse la conveniencia o no de la apertura de una cuenta corriente de titularidad conjunta para hacer frente a los gastos ordinarios en

12. En este sentido, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 29/2015 de 4 mayo considera que en un sistema de guarda y custodia compartida no existe un cónyuge “administrador” en exclusiva de los alimentos de los hijos, por lo que de conformidad con el artículo 233-10, 3 del Código Civil de Cataluña para establecer el importe de la pensión de alimentos puede y debe tenerse en consideración, además de los periodos en que los tenga cada uno, los pagos que uno de los cónyuges se haya ofrecido a realizar directamente por lo que aunque no exista una forma predeterminada por la ley para llevar a cabo la administración de los alimentos de los hijos en esta forma de guarda, por lo que deberá estarse a las circunstancias de cada caso, tampoco existe impedimento alguno, sino expresa previsión legal para que los progenitores satisfagan directamente algunos gastos. Por ello, la pretensión del padre de hacer pago directo de los gastos de educación, ordinarios o extraordinarios, actividades extraescolares, mutuas médicas y gastos por asistencia sanitaria no comprendidos por las mutuas y telefonía móvil de sus hijos no debió ser rechazada por la Sala de apelación sin motivo ni explicación alguna.

los supuestos de custodia compartida. Opción que es prevista en diferentes pronunciamientos de las Audiencias¹³. Llama la atención por su detalle, en el sentido expuesto, la SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 264/2014 de 9 abril en la que se parte de la base de que cada progenitor deberá soportar los gastos de manutención en sentido estricto de las hijas cuando las tenga en su compañía y que, para atender los gastos de sanidad, escolaridad y vestido, cada uno de ellos aportará en proporción a sus posibilidades ingresando en una cuenta común las siguientes cantidades para cada hija: 225 € el padre y 100 € la madre. Esta cuenta será administrada por la demandada, que deberá llevar la oportuna referencia contable, de la que pasará nota al demandado en el mes siguiente a la finalización del curso escolar. [...] Se atribuye la administración a la madre para dar continuidad al hecho de que hasta ahora la atención directa de las necesidades alimenticias ordinarias por los conceptos expresados viene siendo ejercida por la misma, aun cuando deba esforzarse en comunicar al padre cualquier circunstancia que sea relevante en este campo, entre las que en todo caso ha de ser pactada, utilizando en su caso los mecanismos de mediación, cualquier decisión sobre cambio de centro educativo.

Sin embargo, la apertura de una cuenta bancaria de titularidad conjunta para hacer frente a otros gastos ordinarios, es rechazada por algunas Audiencias por considerarla un sistema complejo no solo civil sino también fiscalmente¹⁴, con una gran potencialidad conflictiva en cuanto a la gestión¹⁵ y utilización de los fondos de la misma¹⁶. Por ello, a la hora de plantearnos la conveniencia o no de abrir una cuenta común el juez debe considerar la capacidad de gestión conjunta que tengan los padres y su nivel de entendimiento, para establecer un sistema que, por un lado, garantice la cobertura de las necesidades del hijo y, por otro, evite conflictos futuros que lleven a procesos de ejecución¹⁷.

13. Así, la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 221/2016 de 31 marzo ordena abrir una cuenta a nombre de la menor, con titularidad conjunta de sus progenitores, abonando cada uno de ellos mensualmente la cantidad de ciento cincuenta euros. La SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 27/2016 de 21 enero, por su parte, fija en cien euros mensuales la contribución de la madre a los gastos ordinarios de los menores y en doscientos la del padre, debiendo cada progenitor ingresar la suma que le corresponde en una cuenta común a nombre de ambos dentro de los cinco primeros días de cada mes.

14. SAP de Asturias (Sección 7ª) núm. 487/2013 de 5 diciembre.

15. La administración por años alternos de la cuenta corriente es establecida en la SAP de Tarragona (Sección 1ª) núm. 327/2014 de 17 octubre que establece que “dada la realidad de los ingresos similares entre ambos progenitores, se mantiene la obligación del padre de satisfacer la pensión establecida en la sentencia de instancia y hasta el cambio de forma de la guarda, y a partir de la constitución de la custodia compartida cada progenitor correrá con los gastos de manutención del menor en el tiempo que lo tenga en su compañía, debiendo constituir una cuenta corriente en la que cada uno de ellos ingresará 100 € mensuales para atender los gastos de vestido, gastos escolares y gastos extraordinarios, que en caso de no poder ser cubiertos con el depósito preestablecido, deberán serlo por mitad por ambos progenitores. La cuenta será administrada por cada progenitor por años alternos, correspondiendo los pares a la madre y los impares al padre”.

16. SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 92/2014 de 20 junio.

17. Opinión compartida por PÉREZ-SALAZAR RESANO (en “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”, *Diario la Ley*, 29 de junio de 2009, p. 6-7) quien, añade, resulta prioritario el que las

Concluyo efectuando una referencia a una Sentencia que, relativa al objeto de este trabajo, destaca por su minuciosidad. No es otra que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Alicante de 27 de julio de 2013 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “A falta de acuerdo ambos progenitores deberán abrir una cuenta corriente en una entidad bancaria a nombre de la niña, donde se cargarán los siguientes gastos que deben estar domiciliados en la misma y que habrán de satisfacer por mitad: todos los recibos que se giren desde el centro escolar, con independencia del concepto al que respondan (escolaridad, comedor, APA...), uniformes, libros y material escolar, transporte escolar, el seguro médico u otro que le sustituya, las clases extraescolares que reciba la niña a la fecha de la presente resolución. En dicha cuenta, únicamente se podrán cargar los gastos acordados o los que se determinen por acuerdo entre ambos progenitores en cada momento. No se podrá sacar dinero en efectivo de esa cuenta en ningún caso, salvo con la firma en cada extracción de ambos progenitores. Del resto de gastos ordinarios, cada progenitor asumirá los que se generasen en los períodos de ejercicio efectivo de la guarda (alimentación, ocio, gastos de farmacia ordinarios, ropa, regalos de cumpleaños etc). Ambos progenitores satisfarán por mitad el importe de los gastos extraordinarios devengados por la educación y crianza de la menor. Los gastos extraordinarios integran también la obligación alimenticia, pero nacen de necesidades de los hijos de naturaleza excepcional, son eventuales, difícilmente previsibles y de un montante económico considerable, razón por la cual no pueden incluirse en la pensión ordinaria a la vez que no pueden ser costeados por uno solo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones. Ello no significa que haya de ser siempre imprescindibles y necesarios (silla de ruedas, elementos ortopédicos, asistencia de terceras personas en caso de enfermedad, etc.), cabe también que sean accesorios (operaciones quirúrgicas en centros privados aunque estén cubiertas por la Seguridad Social, etc.), o simplemente complementarios (viajes de estudios, clases particulares, etc.). No obstante la obligación de ambos progenitores de contribuir por mitad al pago de los gastos extraordinarios, será presupuesto previo para la reclamación por un progenitor al otro, que, previamente a su realización, salvo supuestos de urgencia, haya recabado su consentimiento, en cualquier forma que permita acreditarlo documentalmente, con información al mismo del coste que implica. La falta de oposición expresa, en el plazo de diez días naturales, o la obstaculización acreditada a la recepción de la comunicación será equivalente a un consentimiento tácito”.

Resoluciones judiciales eviten conflictos que deriven en procesos de ejecución. En casos en los que pueda el juzgador advertir que los padres van a tener problemas con la administración de esa cuenta, la opción de que uno de los padres se encargue de la cobertura y control de los gastos ordinarios y que por ello perciba del otro una cantidad resulta probablemente más correcta o bien el que ambos aporten una cantidad a la cuenta y que uno de ellos la gestione. En estos casos, deberán cuantificarse previamente esos gastos para repartirlos después entre los padres.

CONVIVENZA DI FATTO E SOLIDARIETÀ ECONOMICA: PRASSI DI ASSISTENZA RECIPROCA E NASCITA DELL'OBBLIGO ALIMENTARE*

MASSIMO PARADISO
Prof. ordinario Università di Catania

SOMMARIO: 1. Dalla prassi di assistenza reciproca alla nascita dell'obbligo alimentare. – 2. Uguaglianza morale e giuridica dei conviventi e inderogabilità del “regime primario” sul comune tenore di vita. – 3. La «cessazione della convivenza» e la problematica individuazione dei fatti che la integrano. “Tenuta nel tempo” del rapporto e insorgenza dello stato di bisogno. – 4. L'obbligo alimentare tra codice civile e disciplina di settore. Presupposti dell'obbligo e soggetti obbligati. – 5. Funzione dell'obbligo alimentare e “misura” degli alimenti. – 6. Durata dell'obbligo e sua cessazione.

1. Dalla prassi di assistenza reciproca alla nascita dell'obbligo alimentare.

Il recente intervento normativo sulle convivenze di fatto individua i tratti identificanti della figura nei «degami affettivi di coppia e di reciproca assistenza, morale e materiale», ma tanto fa limitandosi a prendere atto della *prassi* che connota il rapporto nel suo svolgimento: sembra arrestarsi così al piano della mera rilevazione o riscontro oggettivo di una situazione fattuale, dalla quale esula ogni profilo di doverosità. Di contro, sancisce un vero e proprio *dovere* di solidarietà economica al momento della sua cessazione: l'ex convivente che versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento ha diritto di ricevere dall'altro gli «alimenti» nella misura determinata dal codice civile e per un periodo proporzionale alla durata del rapporto (art. 1, comma 65, legge n. 76/2016).

Viene sancita così a livello di diritto positivo la statuizione di un dovere di assistenza che, per la prima volta, supera la logica e le angustie delle obbligazioni naturali alle quali si è soliti ricondurre la contribuzione reciproca e le diverse forme di assistenza tra conviventi. Sulla perdurante validità di detto inquadramento non da oggi la dottrina ha iniziato a riflettere: in particolare, con riguardo a quelle forme di sostegno economico che siano attuate al momento della fine del rapporto.

In questa sede vorrei soffermarmi sulla natura e sul contenuto di un obbligo che riguarda la fase in cui è sì esaurita l'esperienza del convivere e cessata la prassi di assistenza reciproca ma che, al contempo, non può non tener conto del fatto che esso trova radice in detta esperienza: e perciò in una consuetudine di intensa solidarietà che l'accosta decisamente, o addirittura l'assimila sotto tale profilo, alla comunione di vita propria del

*. Relazione all'Incontro di studi “*La solidarietà tra familiari in Europa*” (Grosseto, 20 aprile 2017).

coniugio. Non a caso del resto il testo approvato in Commissione, prima dell'emendamento governativo, prevedeva il «diritto di ricevere il mantenimento e gli alimenti»: e se il primo è poi rimasto nella penna del riformatore (lasciandone traccia vistosa nella mancata cancellazione della congiunzione), certo si è che nel dettato originario emergeva la consapevolezza che l'intensità del pregresso rapporto ben avrebbe potuto dar luogo a un più pregnante dovere di solidarietà.

La formulazione originaria della previsione era sicuramente infelice, non specificando se e quando il giudice avrebbe potuto decidere per l'uno o per gli altri e, a volerla dire tutta, non è certo che sarebbe stata opportuna: ben poche sono le voci che rimpiangono l'enunciato originario, anche a salvaguardia della libertà delle parti e per scongiurare il rischio di "fuga" dalla convivenza. Ma non è questo il punto. Il punto è se l'unico dovere di solidarietà sancito per l'ex convivente, pur non potendosi equiparare a un vero e proprio "mantenimento", non risenta in qualche modo della particolare intensità del pregresso rapporto; una intensità, che lo differenzia nettamente dalle altre ipotesi in cui è sancito un obbligo alimentare: vuoi perché diversificati sono i vincoli che ad esso danno luogo, vuoi perché non è previsto che debbano ricorrere gli estremi in presenza dei quali si attiva un tale obbligo tra coniugi.

Non sarà inutile allora un rapido richiamo alla disciplina sugli alimenti, movendo dal raffronto con le ipotesi in cui l'obbligo grava su chi sia, o sia stato, *coniuge* dell'avente diritto.

Ebbene, il primo rilievo attiene al fatto che un tale obbligo si rende attuale soltanto ove esuli un dovere di più ampio contenuto: a parte quello ordinario della vita comune, vengono in considerazione l'assegno divorzile e il mantenimento del coniuge separato senza addebito: previsioni, volte ad assicurare un tenore di vita *analogo* a quello goduto in costanza di matrimonio. Gli alimenti, per contro, costituiscono la *providenza minima*, che si giustifica in ragione di una violazione dei doveri coniugali: vengono in considerazione infatti solo in caso di addebito della separazione e, stando almeno ad alcune letture, nei confronti del coniuge allontanatosi senza giusta causa dalla residenza familiare (artt. 146 e 156³ c.c.).

Emerge così nella disciplina degli alimenti una connotazione sanzionatoria che trova conferma in altre disposizioni, pur se ciò avviene in un disegno articolato e complesso difficilmente riconducibile ad unità: esso trascorre dall'imposizione dell'obbligo a chi non vi sarebbe tenuto (è il caso del coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio: art. 129-bis c.c.), alla sua soppressione in capo a chi pur vi sarebbe obbligato: oggi l'art. 448-bis c.c. esonera i figli dal soccorso alimentare verso il genitore decaduto dalla potestà, ma sono ormai innumerevoli le ipotesi di decadenza dal diritto a titolo di pena accessoria per la commissione di un delitto (v. ad es. art. 600-septies.2, n. 3, in relazione ai delitti di cui agli artt. 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 600-octies, 601, 602 c.p., nonché art. 609-nonies in relazione ai delitti di cui agli artt. 609-bis, 609-quater², 609-quin-

quies, 609-octies e 609 undecies, c.p.). D'altra parte, nelle altre ipotesi sancite dalla disciplina in materia, a parte talune fattispecie peculiari ed eccentriche (artt. 51 c.c. e 47 legge fall.), gli alimenti si collegano a vincoli nei quali non s'è mai dato un generale dovere di solidarietà economica (ad es., tra affini e tra collaterali: art. 433, nn. 4, 5, 6, e 437 c.c.), ovvero a rapporti in cui sono venute meno le ragioni che rendevano attuale un dovere di più ampio contenuto (ad es., tra genitori e figli, vuoi perché è cessata la convivenza in famiglia, vuoi per l'ormai acquisita autonomia economica: v. artt. 279 e 433, nn. 2 e 3, in relazione a quanto disposto dagli artt. 337-septies¹, 315-bis^{1,4}, 316-bis¹ c.c.).

Nel nostro caso invece l'obbligo alimentare, mentre trova radice in una relazione di gran lunga più intensa di quella intercorrente tra affini e tra fratelli, non si colora certamente per una qualche connotazione sanzionatoria: al contrario, introduce un obbligo per l'innanzi non previsto. Si pone perciò il problema di definire i caratteri e il contenuto dell'obbligo alimentare: esso va, per quanto di ragione, accostato a un "comune" obbligo alimentare o non piuttosto all'articolata disciplina della solidarietà post-coniugale? Una questione, per la quale credo necessario almeno qualche rapido cenno alla «assistenza morale e materiale» che caratterizza la fase fisiologica della convivenza.

2. Uguaglianza morale e giuridica dei conviventi e inderogabilità del "regime primario" sul comune tenore di vita.

Già s'è detto che la prassi di reciproco sostegno e mutuo aiuto non può non arieggiare i doveri vigenti tra i coniugi, quale aspetto caratterizzante della «comunione di vita materiale e spirituale. Ma altresì, il comma 53, nel prevedere che il contratto di convivenza possa disciplinare «le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune», indica a parametro guida di dette modalità la correlazione «alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo»: riprende perciò testualmente la formula impiegata dall'art. 143 c.c. per la contribuzione tra coniugi. E se è certo che non possono semplicemente trasporre alla convivenza i doveri coniugali, non può rimanere privo di rilievo un tale riferimento.

Credo che, con riguardo al profilo della solidarietà, se ne possa desumere almeno quanto segue: che la regola ivi sancita, in ordine al *paritario concorso* di entrambi nella contribuzione alle necessità comuni, debba connotare anche il rapporto tra i conviventi, trattandosi di criterio non solo in linea col canone generale della pari dignità delle persone, ma, più specificamente, coerente col principio di *uguaglianza morale e giuridica* su cui è ordinato il matrimonio: un principio che, attenendo alla fase del rapporto, non v'è ragione di ritenere prerogativa esclusiva dei legami formalizzati. E se qui non è la legge che si fa garante dell'unità familiare, tanto più essa deve ritenersi rimessa all'uguale libertà e all'uguale responsabilità dei conviventi. Ciò che importa, per quanto qui rileva, un *paritario impegno* di contribuzione alle necessità comuni e

consente poi di apprezzare come ugualmente adeguate al fine prestazioni di *diversa entità* purché “correlate” alle specifiche capacità di ciascuno. In ogni caso, al pari del matrimonio, la convivenza non può che ordinarsi sull’adozione di un comune tenore di vita, quale carattere che connota tutti i rapporti di coppia nell’ambito del cd. “regime primario”.

In breve, la regola della solidarietà familiare vale anzitutto per la condivisione di un *comune tenore di vita* che trascenda le fortune economiche dei singoli – siano essi i coniugi, i conviventi o i figli –, atteso che il principio di pari dignità morale e giuridica su cui è fondato il matrimonio deve ritenersi lo statuto di fondo di ogni esperienza di vita comune che, svolgendone le funzioni, su quello si voglia modellare.

È questa, allora, la cornice sistematica (e problematica) alla quale vanno ricondotte le questioni relative alla solidarietà tra ex conviventi.

3. La «cessazione della convivenza» e la problematica individuazione dei fatti che la integrano. “Tenuta nel tempo” del rapporto e insorgenza dello stato di bisogno.

Il presupposto generale al quale la legge collega la nascita del diritto agli alimenti è la «cessazione della convivenza»: ancora una situazione di fatto dunque, ma della quale – a differenza degli elementi costitutivi di essa, e come ho avuto modo di evidenziare in altra occasione – non è precisato alcun estremo o elemento identificativo nella legge.

Si diffonde invece, la legge, sulle modalità di risoluzione del contratto di convivenza: indica i casi di «accordo delle parti, recesso unilaterale, morte di uno dei contraenti, matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona» (comma 59), e, per contro, tra di essi non menziona la fine della relazione. Certo, non è possibile immaginare che ad essa sopravviva il negozio destinato a regolarla e si può ritenere, con una apprezzata dottrina, che il contratto venga in tal caso a caducarsi automaticamente.

Ma non è detto che debba valere anche l’inverso, e cioè che al venir meno del contratto debba accompagnarsi la rottura del rapporto, e perciò che i due eventi siano necessariamente collegati. Quando il contratto si sciogla per accordo tra le parti, infatti, ben è possibile che esse intendano proseguire nella relazione: decisiva sarà perciò la continuazione, anche “in via di fatto”, della convivenza. A parte tale caso, comunque, le ipotesi previste dalla legge sono evenienze oggettive che comportano, o presuppongono, la fine della relazione: così è per i casi di morte, matrimonio o unione civile, recesso unilaterale dal contratto che sia accompagnato dal «termine... concesso al convivente per lasciare l’abitazione» (comma 61); e lo stesso deve dirsi per il caso in cui sia instaurata un’altra convivenza.

Dunque, sono fatti e dichiarazioni di volontà che hanno contenuto esattamente definito e portata univoca e in tali casi ben potrà dirsi di essere di fronte a una «cessazione della convivenza».

Ben diversa è invece l'ipotesi in cui venga a cessare il «fatto» del convivere, trattandosi di evenienza che sembra riproporre, in negativo, la rilevanza degli estremi necessari per la sua sussistenza: quali estremi è sufficiente (o necessario) che vengano meno per ritenere cessato il rapporto? E in particolare, basta una sospensione o una qualche contrazione della prassi di assistenza reciproca? Per esigenze di brevità, evito di soffermarmi su tale questione e mi limito a proporre la conclusione cui sono giunto in altra sede: credo sia da ritenere dirimente la cessazione della coabitazione, che, mentre integra un elemento esteriore suscettibile di riscontro oggettivo, costituisce un carattere necessario per la stessa configurabilità di una convivenza di fatto.

Se questi sono i possibili casi, e le modalità, di cessazione della convivenza, rimane però da verificare quando ad essa si accompagni la nascita dell'obbligo alimentare. Invero, vanno esclusi anzitutto i casi di matrimonio o unione civile tra i conviventi – nei quali subentra il più pregnante obbligo di contribuzione – ma altresì le ipotesi di matrimonio, unione civile o nuova convivenza instaurati con altri, che precludono la nascita del diritto ove sopravvengano senza apprezzabile intervallo di tempo dalla fine della convivenza precedente. In ogni caso, tali evenienze fanno venir meno il diritto, come appresso meglio dirò.

Restano perciò i casi di morte di una delle parti e di fine concordata o unilaterale del rapporto: quanto alla prima, il diritto non sorge attesa la mancanza dello stesso soggetto debitore (art. 448 c.c.) e l'unica provvidenza prevista è il diritto d'abitazione nella casa familiare. La *rottura volontaria* del rapporto, allora, è la sola ipotesi in cui sorge il diritto agli alimenti, non assumendo rilevanza che essa si determini per volontà unilaterale, per decisione concordata, ovvero “in via di fatto”, per essere venuta a cessare la stabile coabitazione. Ma si prospetta allora un ulteriore problema.

Fino a quando permane la rilevanza della pregressa, concorde comunione di vita quale titolo giustificativo dei diritti tra le parti e nei confronti dei terzi? In altre parole, la prassi di reciproca assistenza deve *perdurare* nel tempo, e in particolare deve perdurare fino al momento in cui si vogliono reclamare le relative tutele? D'altra parte, potrebbe accadere che le condizioni economiche di uno dei conviventi, buone al momento della rottura, peggiorino subito dopo: qui non v'è esercizio tardivo del diritto, ma v'è un *limite di tempo* oltre il quale tali diritti si perdono?

Non credo di avere risposte affidabili e si corre il rischio di inventarsi una disciplina. Escluso che possa farsi applicazione delle norme sulla prescrizione, credo anche fortemente dubbio che possa farsi riferimento a un periodo di tempo pari alla durata del rapporto. Credo necessario cioè evitare di trasporre alla convivenza quella “indissolubilità” dei doveri di solidarietà post-coniugale che oggi connota il matrimonio e che, a mio giudizio, costituisce la ragione prima della sua crisi.

Provo a indicare, quale possibile spunto di soluzione, le *modalità* di cessazione della convivenza: se una *fine concordata* “congela” le situazioni giuridiche dei conviventi – sì che

dovrebbero essere irrilevanti le sopravvenienze successive – *forse* una rottura *unilaterale* potrebbe non escludere la rilevanza di fatti sopravvenuti, come la condizione di bisogno insorta entro un certo periodo di tempo: periodo, per il quale mi sentirei di indicare quello necessario ad attestare la stabilità della convivenza.

4. L'obbligo alimentare tra codice civile e disciplina di settore. Presupposti dell'obbligo e soggetti obbligati.

Quanto al contenuto dell'obbligo alimentare, la legge sembra voler mantenere un profilo basso, sia perché si attesta sul solo diritto agli alimenti, sia perché richiama la disciplina generale dell'istituto in ordine ai presupposti sostanziali della pretesa: è perciò a tale disciplina che dovrà farsi riferimento per quanto concerne stato di bisogno, inettitudine dell'alimentando a provvedere al proprio sostentamento, commisurazione degli alimenti al bisogno di chi li domanda e alle condizioni economiche di chi li deve somministrare. In questa sede basterà perciò farvi rinvio, salvo poi a tornare sul profilo della misura, *rectius*: dei parametri alla cui stregua dev'essere determinata l'entità degli alimenti.

Piuttosto, la novella necessita di chiarimenti con riguardo all'ordine tra gli obbligati che la novella sembra lasciare inalterato, salvo l'inserimento dell'ex convivente al penultimo posto, così lasciando presupporre la perdurante vigenza di tutti gli altri obblighi. Del che è invece possibile dubitare.

Il primo tra i chiamati dall'art. 433 c.c. è il coniuge, ma, atteso che i conviventi devono essere di stato libero (art. 1, comma 36, legge n. 76/2016), non può esservi un «*coniuge*» tenuto all'obbligo alimentare; se poi vi fosse, non si tratterebbe di una convivenza “a norma di legge” e perciò esulerebbe l'obbligo alimentare dell'ex convivente.

Ma altresì è ormai cessato l'obbligo di corrispondere l'assegno divorzile, atteso che l'avente diritto ha instaurato una convivenza di fatto: questa è infatti la conseguenza che la giurisprudenza aveva già tratto dal sistema, per ovviare a una previsione ormai avvertita come difficilmente giustificabile e che è stata in qualche modo confermata dall'art. 337-sexies c.c., là dove fa cessare il diritto al godimento della casa familiare nel caso in cui «l'assegnatario... conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio». Equiparata la convivenza al coniugio, quanto all'idoneità ad estinguere (o almeno a sospendere) il diritto all'abitazione e all'assegno post-coniugale, come non equipararla ad esso anche nella cessazione dell'obbligo alimentare? D'altra parte, la lettura che li voleva sospesi temporaneamente si inseriva in un quadro normativo in cui mancava un dovere di solidarietà dell'ex convivente. Oggi un tale dovere è positivamente sancito: come dunque far rivivere un obbligo che già si era potuto ritenere estinto pur in assenza di detto dovere? E dunque, per quel che può valere questa ipotesi, non v'è neppure un *ex-coniuge* che possa in qualche modo “occupare il primo posto” tra gli obbligati a erogare un sostegno economico.

A questo punto, però, sembra difficile ritenere che sopravviva l'obbligo alimentare di suocero e suocera, di generi e nuore. La disciplina positiva non è di molto aiuto: l'affinità cessa solo quando il matrimonio sia dichiarato nullo e l'obbligo alimentare viene meno (quando siano morti il coniuge da cui deriva l'affinità e i discendenti comuni e) quando l'avente diritto sia passato a nuove nozze (artt. 78 e 434 c.c.). Non è ovviamente previsto il caso della convivenza, ma se, come sembra, essa fa cessare l'obbligo del coniuge, non si vede come esso potrebbe permanere per gli affini. L'obbligo alimentare dell'ex convivente, così, precederà quello di fratelli e sorelle, ma sarà a sua volta "preceduto" da quello di discendenti e ascendenti, con una conseguenza perciò che mi sembra del tutto singolare. Ben più razionale sarebbe stato porlo in prima posizione, sia per la maggiore pregnanza del rapporto di convivenza – in "analogia" con quanto sancito per il coniuge –, sia per la sua durata temporanea, che avrebbe attivato l'obbligo dei parenti in un momento in cui si è ormai allontanata nel tempo l'esperienza del convivere e si sono affievolite le aspettative in essa ragionevolmente riposte.

5. Funzione dell'obbligo alimentare e "misura" degli alimenti.

Quanto alla misura degli alimenti, il primo criterio è fornito dalla sua *funzione*, che è indubbiamente *assistenziale*: si tratta di provvedere alle primarie necessità di vita dell'ex convivente e, conforme all'espresso rinvio, di fare riferimento alla disciplina del codice, e perciò alla misura idonea ad assicurare un livello di vita dignitoso. L'entità dell'assegno così si assesta su un livello tendenzialmente modesto, non dovendo «superare quanto sia necessario per la vita dell'alimentando» (art. 438 c.c.), ma il punto si presta a qualche considerazione ulteriore.

Come ho già rammentato, la disciplina generale sugli alimenti risente del fatto che l'obbligato è chiamato a porre rimedio a una condizione di bisogno alla quale non ha certo dato causa; per contro, il coniuge titolato ai (soli) alimenti vede così ridotto il suo diritto in ragione di fatti che gli sono imputabili: si tratti del coniuge allontanatosi senza giusta causa o di quello che abbia subito l'addebito della separazione. Esulando tali ipotesi, al coniuge separato o divorziato compete un diritto di più ampio contenuto, tendenzialmente calibrato sul mantenimento del tenore di vita goduto in precedenza (artt. 156 c.c., 5 ss. legge div.). E se è ovvio che tali parametri non possono applicarsi tout court ai conviventi, non è detto che non possano almeno costituire elementi di valutazione nella determinazione degli alimenti.

Già all'interno della disciplina generale *la misura degli alimenti si differenzia* in ragione dei rapporti che li giustificano e delle peculiari esigenze di vita dell'alimentando: così è, ad es., quando si tratti di un fratello, del donatario, di un minore (artt. 438²⁻³, e 439 c.c.). D'altra parte, la necessità di tener conto delle peculiarità fattuali del rapporto emerge anche nella novella, là dove si pone una correlazione tra estensione dell'obbligo e «durata della

convivenza»: un riferimento, che sarebbe affrettato limitare alla *durata* dell'erogazione. In altre parole, pur escludendo che l'obbligo debba assicurare lo stesso tenore di vita della convivenza, non è detto che a determinarne la misura non possano concorrere altri elementi di giudizio come già avviene per la solidarietà post-coniugale, che tiene conto vuoi dell'«addebito» della separazione vuoi «delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo dato alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno...» fino a includervi una quota del t.f.r. e della pensione di reversibilità (artt. 156 c.c., 5⁶ e 12-bis legge div.).

È questo infatti che ci comunica l'espreso riferimento normativo alla «durata della convivenza» – che richiama per evidenti segni l'analogo riferimento in tema di divorzio –, ed è poi questa la ragione per la quale credo che la ratio della previsione non possa rinvenirsi soltanto nell'esigenza di consentire «un tempo ragionevole per riprogettare la propria esistenza» (come è stato suggerito da una apprezzabile dottrina). Se così fosse, tra l'altro, è a detto periodo, e non alla durata della relazione, che avrebbe dovuto commisurarsi la vigenza dell'obbligo. Che poi questo sia configurato come temporaneo, dipende semplicemente dal fatto che nella convivenza, a differenza del matrimonio, esula un impegno -dirò così- “a tempo indeterminato”. Non si tratta allora di equiparare il trattamento economico del coniuge divorziato e del convivente, quanto di tener conto, nell'uno come nell'altro caso, di criteri desunti dalle caratteristiche del rapporto.

Riterrei perciò che, a sussidio degli ordinari criteri di determinazione dell'assegno alimentare, ben potranno trovare posto elementi di giudizio tratti dal *tenore di vita* durante la convivenza, dalle *cause* della rottura, dal *contributo* dato da ciascuno al menage familiare, dalla *durata* della convivenza (arg. art. 5⁶ l. div.). Già s'è detto del ruolo centrale svolto dal comune tenore di vita e basterà farvi rinvio; la rilevanza delle cause della rottura emerge a livello normativo sia nella separazione, sia nelle determinazione dell'assegno divorzile; il contributo al menage familiare, e tanto più alla formazione del patrimonio dell'altro, non da oggi viene assunto dalla dottrina a fondamento di una eventuale azione di arricchimento; la durata del rapporto infine, già rilevante in ordine all'assegno divorzile, ben può essere indice del tipo di affidamento che ciascuno può aver fatto sulla stabilità dell'unione (e che si è venuto consolidando nel tempo) e perciò dell'incidenza che esso può aver esercitato sulla decisione di non procurarsi una autonomia economica.

E infine, chi giudicasse singolare il fatto che tale misura degli alimenti sia tendenzialmente più elevata di quella dovuta da obbligati di grado anteriore consideri che si tratta di conseguenza coerente con la “logica” della solidarietà familiare, che vede le qualità personali dell'obbligato incidere in modo talora determinante (cfr. artt. 438³ e 439¹ c.c.), mentre ben potrebbe accadere che l'entità dell'assegno si attesti su un livello modesto in ragione delle risorse del primo tra i chiamati e viceversa su uno standard più elevato ove costui venga a mancare o non sia più in grado di erogare il sostegno.

Quanto alla natura dell'assegno, già s'è detto della sua *funzione assistenziale*: esso deve ritenersi perciò irrinunciabile, ma significativo deve ritenersi lo spazio riservato all'autonomia delle parti, sia in ordine alla sua misura, sia in ordine alla eventuale liquidazione in unica soluzione che, deve ritenersi, precluderà ogni successiva revisione o pretesa (arg. art. 5⁸ l. div.).

Non è possibile qui soffermarsi sulla ammissibilità di accordi preventivi in materia, che attiene propriamente all'ambito dei contratti di convivenza; mi limito ad osservare che essi non possono ritenersi preclusi dal sancito divieto di apporvi termini o condizioni (art. 1, comma 56). Come che sia del problema generale, nel nostro caso la fine del rapporto non è avvenimento al quale siano subordinati «l'efficacia o la risoluzione del contratto», com'è proprio della condizione; è piuttosto una evenienza alla quale sono ricollegati (diversi e comunque) *specifici effetti*: nella specie, la misura e il contenuto della solidarietà post-convivenza che, mentre sono contemplati già nel disegno normativo, ben si prestano a una definizione convenzionale, fermo il limite della sua irrinunciabilità sostanziale. Si consideri del resto che, a tenore della giurisprudenza corrente, l'avvio di una convivenza estingue il diritto all'assegno divorzile: come non comprendere allora se, attesa la precarietà del rapporto informale, le parti vogliono introdurre una misura previdenziale?

Infine, non credo sia il caso di interrogarsi sulla formula impiegata dal comma 65, a tenore della quale è «il giudice [che] stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro gli alimenti». Ordinariamente si insegna che l'obbligo alimentare sorge al verificarsi dei relativi presupposti, sì che la sentenza non ha valore costitutivo bensì di liquidazione del dovuto e di condanna al pagamento. Qui la peculiare formulazione credo si giustifichi in ragione del fatto che già il primo dei presupposti, la ricorrenza di una “convivenza di fatto”, non risulta certo *per tabulas* come accade per i rapporti formalizzati cui sono collegati gli ordinari obblighi alimentari. Posto allora che un qualche atto ‘formale’ – sia esso una sentenza o un accordo negoziale – è comunque necessario (anche per determinarne la misura), non si vede perché, in presenza di una intesa tra le parti, occorrerebbe percorrere la via defatigante dell'azione in giudizio.

Quanto alle *sopravvenienze successive*, se il matrimonio o una nuova convivenza dell'alimentato faranno cessare l'assegno, per contro eventuali miglioramenti nelle condizioni economiche dell'obbligato non potranno dar luogo a una revisione, trattandosi di eventi che, stando al comune intendimento, non è possibile ricondurre a un progetto di piena comunione destinato a proiettarsi per tutta la vita.

6. Durata dell'obbligo e sua cessazione.

Infine, e come più volte s'è rammentato, la legge prevede testualmente che gli alimenti «sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza», senza ulteriori precisazioni. Il compito dell'interprete è perciò arduo. Non resta che muovere dalla

funzione dell'assegno che, come già s'è detto, difficilmente può essere rinvenuta nella sola esigenza di consentire «un tempo ragionevole per riprogettare la propria esistenza». Di un “tempo ragionevole” per trovare altra sistemazione è forse esempio la disposizione che, in caso di recesso dal contratto di convivenza, prevede la fissazione di un «termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione» comune (art. 1, comma 61). E se il termine, a dirla tutta, appare ben poco “ragionevole”, per certo la sua brevità attesta che detta finalità non risente della durata del rapporto, cui invece è commisurata la prestazione degli alimenti.

Conviene muovere dunque dalla rilevata funzione assistenziale dell'assegno: se i criteri più sopra illustrati incidono primariamente sulla sua misura, il parametro della commisurazione alla durata del rapporto ne definisce una misura temporale tanto maggiore quanto più è durata la convivenza. E a tale parametro già fa riferimento il comma 42 nel calibrare il diritto del superstite sulla casa di comune residenza. Pertanto, a voler scansare il rischio di determinazioni arbitrarie, potrebbe ritenersi che anche il diritto agli alimenti operi per «un periodo pari alla convivenza... e comunque non oltre i cinque anni».

Vero è che la disposizione sulla casa familiare prevede come periodo minimo di godimento due anni, e tuttavia se – come credo – «stabile convivenza» potrà aversi (a certe condizioni) anche per un rapporto di minore durata, difficilmente giustificabile sarebbe una solidarietà successiva alla sua fine che sia di durata superiore alla convivenza stessa. Di contro, la maggiore ampiezza del diritto d'abitazione per un verso trova ragione nella causa traumatica, non voluta, della cessazione del rapporto e, per altro verso, nel fatto che non è prevista altra forma di solidarietà a favore del convivente superstite.

Infine, in ordine alla tutela del diritto dell'ex convivente, sono da ritenere applicabili gli ordinari rimedi processuali e cautelari a garanzia dei crediti alimentari, non invece quelli previsti per il mantenimento del coniuge in sede di separazione.

LE CONVIVENZE “DI FATTO” TRA NORMATIVA DI TUTELA E REGIME OPZIONALE

SALVATORE PATTI

Prof. ordinario dell'Università di Roma “La Sapienza”

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina delle unioni civili e quella delle convivenze: modelli e problemi. – 3. La contraddizione insita nella disciplina delle convivenze e le norme di tutela di origine giurisprudenziale o legislativa. – 4. La scelta tra normativa di tutela e regime opzionale. – 5. La mancanza di chiarezza riscontrabile nella legge italiana 76/2016 e il dibattito sulla natura dell'iscrizione all'anagrafe. – 6. La normativa di tutela di cui all'art. 1, commi 36-49. – 7. Il regime opzionale di cui all'art. 1, commi 50-64. – 8. La normativa di tutela, in tema di alimenti, di cui all'art. 1, comma 65. – 9. Convivenza e presunzione di legittimità dei figli.

1. La definizione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla convivenza (e l'individuazione del loro fondamento normativo) ha determinato difficoltà già negli anni immediatamente successivi alla riforma del diritto di famiglia. Così, in un ampio studio di uno dei migliori civilisti del secolo scorso, si afferma che la convivenza tra uomo e donna «può formare un nucleo di rapporti vari e complessi di carattere praticamente molto analoghi a quelli che sorgono dal rapporto matrimoniale¹», precisando tuttavia che «gli obblighi che vengono in considerazione, a differenza del rapporto matrimoniale, non sono gli obblighi inerenti alla convivenza che sia considerata come fatto obbligatorio, bensì alla convivenza come pura situazione di fatto». Quindi: da un lato gli obblighi (pur simili) non sono quelli che nascono dall'unica convivenza che si considera come «fatto obbligatorio», ma d'altra parte nascono comunque da un'analogia forma di convivenza anche essa generatrice di obblighi.

Una certa contraddizione nonché la difficoltà nel negare rilevanza giuridica alla convivenza «di fatto» si riscontra altresì, nelle pagine dello stesso studioso con riferimento al risarcimento «dovuto per l'uccisione di un convivente *more uxorio*»². Infatti, pur ammettendo il diritto del convivente al risarcimento del danno, si nega che da ciò possa trarsi un argomento per sostenere «una certa giuridicità» della situazione di fatto, concludendo che essendo il rapporto estraneo ad ogni vincolo giuridico, il diritto al risarcimento deriva da «un fatto che esiste al di fuori del riconoscimento giuridico»³.

1. A. TRABUCCHI, *Natura legge famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 18.

2. A. TRABUCCHI, op. cit., p. 18.

3. A. TRABUCCHI, op. loc. cit.

2. Come si evince dalle considerazioni sopra ricordate, disciplinare mediante legge la convivenza di persone unite stabilmente da legami affettivi non è semplice, e comunque è molto più complesso che «istituire» le c.d. unioni civili.

Nel secondo caso il compito del legislatore è anzitutto quello di determinare il grado di «avvicinamento» al matrimonio. Esclusa infatti l'estensione dell'istituto matrimoniale alle persone dello stesso sesso, occorre decidere se predisporre una disciplina che sostanzialmente attribuisca gli stessi diritti o quali siano le differenze opportune e accettabili per gli interessati. Questi ultimi, in genere, desiderano unirsi in matrimonio e la diversa «unione» messa a disposizione dalla legge – come è avvenuto in altri ordinamenti giuridici – risulta accettabile (e non si pone in contrasto con la Costituzione) nella misura in cui le differenze siano minime e trovino una giustificazione. Ma la disciplina «di base» esiste: è quella del matrimonio, ed alcune delle differenze riscontrabili nella nuova legge (n. 76 del 2016), ad es. in materia di nome della coppia e di scioglimento del rapporto, risultano invero giustificate o perfino opportune alla luce del principio di eguaglianza nonché di esigenze di celerità e di semplificazione, tanto che può prospettarsi un problema di legittimità costituzionale per la disparità di trattamento nei confronti delle coppie unite in matrimonio⁴. L'esperienza di altri paesi dimostra peraltro che leggi analoghe sulle «unioni civili» sono state abrogate a seguito della riconosciuta «ammissione» delle persone dello stesso sesso al matrimonio, ammissione spesso decisa sulla base della considerazione che la sostanziale identità di disciplina non giustifica la previsione di due istituti⁵.

In Italia gli interessati non possono «unirsi» in matrimonio ma si possono «unire» (civilmente) in base alla legge 76/2016, mediante dichiarazione di volontà da rendere dinanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 1, comma 1). In altri termini, la legge ha creato un nuovo istituto, molto simile al matrimonio, e gli interessati possono dichiarare nelle forme previste di volerlo utilizzare.

3. Nel caso delle convivenze occorre in primo luogo superare una (almeno apparente) contraddizione: da un lato gli interessati, pur quando non sussistano impedimenti, rifiutano l'istituto del matrimonio (oppure, deve oggi aggiungersi, quello dell'unione civile), dall'altro – almeno alcuni di essi – richiedono una disciplina del

4. Sul problema, in termini generali, v. l'ampia trattazione di M. N. BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 911 ss.

5. In Germania, a seguito delle numerose modifiche del *Lebenspartnerschaftsgesetz* imposte dalla Corte costituzionale o attuate dal legislatore nel corso di circa quindici anni, la disciplina è sostanzialmente identica a quella del matrimonio, tanto da spingere parte della dottrina a interrogarsi sull'opportunità di abrogare la legge e di inserire nel BGB un unico articolo che stabilisca l'applicazione per le coppie omosessuali della stessa disciplina prevista per il matrimonio. In argomento si rinvia a S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 958 ss.; C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforma*, in *Famiglia*, 2016, p. 71 ss.; F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *NLCC*, 2016, p. 1105 ss.

loro rapporto che in parte maggiore o minore coincide o è simile a quella dettata per il matrimonio⁶.

Questa contraddizione spiega l'atteggiamento di diversi ordinamenti giuridici che non hanno predisposto una normativa – o comunque una normativa di carattere generale – per le convivenze eterosessuali, seguendo in tal modo il detto, di origine napoleonica, secondo cui i concubini si disinteressano della legge e la legge non si cura di loro⁷.

L'esperienza di alcuni decenni, più o meno simile in diversi paesi, ha tuttavia dimostrato che – venuto meno l'antico disfavore sociale per tali forme di organizzazione dell'esistenza – l'ordinamento giuridico ha accolto singole istanze, garantendo di volta in volta la tutela richiesta mediante diritto giurisprudenziale o interventi del legislatore relativi a specifiche problematiche. Così, ad esempio, da tempo è stato riconosciuto il diritto del convivente a subentrare nel contratto di locazione o di ottenere il risarcimento del danno nel caso di uccisione dell'altro convivente ed è stata estesa al convivente la tutela prevista per il coniuge nel caso di fecondazione medicalmente assistita, di amministrazione di sostegno o di violenza in famiglia.

Peraltro, dato il carattere episodico degli interventi legislativi, non si scorge una linea coerente, in particolare per quanto concerne le caratteristiche della convivenza, richiedendosi a volte una convivenza «stabile» e in altri casi stabilendo una durata minima che essa deve presentare per essere presa in considerazione⁸.

In termini generali, tuttavia, si riscontra il riconoscimento di una serie di interessi e di aspirazioni che – a ben vedere – possono anche coincidere con quelli tutelati dalle norme sul matrimonio, ma che comunque riguardano persone unite da rapporti affettivi che vivono (o hanno vissuto) insieme e chiedono all'ordinamento giuridico di tener conto di questa situazione.

Così, nel caso del subentro nel contratto di locazione o del risarcimento del danno per l'uccisione del convivente, hanno acquistato rilevanza interessi che – pur riconosciuti nel caso del matrimonio – non sono legati alle caratteristiche tipiche ed essenziali di questo istituto, ed infatti, correttamente, sono stati piuttosto ricondotti all'idea delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.⁹.

6. Sull'affermazione di molteplici modelli di convivenza già alla fine del secolo scorso, v. S. PATTI, *I modelli di famiglia e di convivenza*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, I, Milano, 2007, p. 223 ss.

7. Sostanzialmente in senso analogo J. CARBONNIER, *L'hypothèse du non-droit*, in *Archives de philosophie du droit*, 1963, ora in *Flexible droit*, Paris, 1969, 34 s.: "ils refusent de s'engager dans la situation de droit, et se placent dans la situation de non droit correspondante".

8. Ad esempio, l'art. 408 c.c. («Scelta dell'amministratore di sostegno») fa riferimento alla «persona stabilmente convivente»; l'art. 5, l. 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita, con riferimento ai requisiti soggettivi di accesso alle tecniche, indica semplicemente «coppie di maggiorenni di sesso diverso coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

9. Secondo l'insegnamento, in primo luogo, di P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966.

Peraltro, come appare in particolar modo evidente quando la convivenza è accompagnata dalla presenza di figli – e si tratta di un fenomeno di rilevanza ormai equiparabile al matrimonio non soltanto nei paesi del nord Europa¹⁰ – può parlarsi sicuramente di «famiglia», soprattutto alla luce della recente equiparazione dei figli nati in costanza di matrimonio o fuori dal matrimonio. Pertanto risulta ovvio che almeno alcuni aspetti della formazione sociale «convivenze di fatto» vengano (eventualmente) disciplinati utilizzando la disciplina già predisposta dall'ordinamento giuridico per la famiglia fondata sul matrimonio.

4. Posto, quindi, che le norme di riferimento devono – o, almeno, possono – essere (una parte di) quelle dettate per il matrimonio, occorre compiere una scelta di fondo, scelta della quale non sembra essere stato del tutto consapevole il legislatore in occasione della emanazione della legge 76/2016. Seguendo l'esempio francese del *Pacte civil de solidarité*¹¹, la legge può prevedere un regime opzionale, rispetto al matrimonio, al quale i conviventi accedono – se lo desiderano – mediante un atto di volontà. In altri termini, l'ordinamento giuridico pone a disposizione degli interessati non uno – il matrimonio – ma due modelli di regolamentazione del rapporto¹². Il secondo può essere definito matrimonio *light* o in altro modo, ma in ogni caso rappresenta un regime alternativo, più elastico, che determina minori diritti ed obblighi, idoneo comunque a garantire la disciplina (minima) del rapporto, richiesta dalla coppia (nel caso dei PACS eterosessuale o omosessuale)¹³.

Diversa è la soluzione nei casi in cui l'ordinamento giuridico non mette a disposizione un regime opzionale bensì prevede una serie di norme, in genere di natura cogente, che hanno il fine di tutelare i conviventi o, a volte, uno dei conviventi ricorrendo determinate fattispecie. Così, la legge, può stabilire che i conviventi (o il convivente) godono di specifiche prerogative, che possono riguardare aspetti personali (ad es. visita in ospedale o in penitenziario) o economici (ad es. diritto agli alimenti o al riconoscimento del lavoro prestato nell'impresa familiare). In questi casi la normativa di tutela trova applicazione sulla base del fatto della convivenza, prescindendo cioè da un atto di volontà degli interessati. La legge, seguendo questo modello, deve stabilire quali sono i presupposti di rilevanza della convivenza (stabilità, coabitazione, durata minima, etc.) e trova applicazione pur in assenza di una manifestazione di volontà dei conviventi e

10. Sulle ragioni che negli ultimi decenni hanno determinato un crescente interesse per la convivenza, v. S. PATTI, *I modelli di famiglia e di convivenza*, cit., p. 223 ss.

11. Cfr. *La legge francese sul PACS: il testo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 151 ss. Di recente, sulla «institutionnalisation du PACS», v. S. FULLI - LEMAIRE, *La privatisation du droit de la famille en France. Perspectives comparatives*, in *Ren. int. dr. comp.*, 2016, p. 405 ss., spec. 418 ss.

12. Si noti che in base alla disciplina dei PACS – come secondo la legge italiana 76/2016 – è richiesto lo stato libero dei conviventi.

13. Per alcuni esempi di regolamentazione, v. l'approfondita disamina di A. DUTTA, *Paarbeziehungsregime jenseits der Ehe*, in *AcP* 216 (2016), p. 609 ss., spec. 629 ss.

addirittura anche contro la volontà di uno di essi: si pensi alla tutela del lavoro prestato oppure al diritto agli alimenti.

In definitiva, si tratta di due diverse tecniche di attribuzione di rilevanza al fenomeno, ciascuna di esse presenta vantaggi e svantaggi, ma occorre chiarezza sulla strada intrapresa. Nell'ordinamento giuridico italiano fino all'approvazione della legge 76/2016 si è proceduto con interventi episodici, legati alle peculiarità delle singole problematiche, muovendo comunque dal fatto della convivenza e dalle specifiche esigenze di tutela. La nuova legge – pur lacunosa – ha indubbiamente l'ambizione e il fine di disciplinare la materia in modo organico rappresentando il frutto di una piena e consapevole accettazione a livello sociale e politico delle convivenze.

Il fenomeno della famiglia di fatto, rispetto a quello della famiglia basata sul matrimonio si differenzia, pertanto, sotto il profilo della quantità e della sistematicità delle norme ad esso dedicate. I rapporti tra i conviventi di fatto sono anzitutto sottoposti alle norme che si dirigono a tutti i consociati e, in particolare, ai consociati che vivono una forma associativa. Sono inoltre disciplinati da alcune norme specifiche, tra cui quelle contenute nella legge in esame. Ai suddetti rapporti, viceversa, non trovano applicazione altre norme dedicate esclusivamente ai soggetti che si trovano in una determinata e diversa situazione (es. coniugio)¹⁴.

5. Una sufficiente chiarezza circa la scelta di fondo prima indicata non si riscontra tuttavia neanche nel nuovo testo normativo, come sembra confermato dal dibattito che si è sviluppato su uno dei punti di maggiore rilevanza. L'art. 1, comma 37, prevede infatti l'iscrizione all'anagrafe dei conviventi e si discute se a tale iscrizione debba riconoscersi carattere "costitutivo" della convivenza oppure se si tratti di un mero indice probatorio della sua esistenza.

Prima di affrontare il problema e di indicare la soluzione che si ritiene corretta, occorre rilevare che gli stessi protagonisti del dibattito non hanno messo in luce le conseguenze dell'adesione ad una tesi o all'altra.

Precisamente, se si aderisce all'opinione secondo cui l'iscrizione all'anagrafe presenta carattere costitutivo della convivenza¹⁵, (tutta) la nuova disciplina acquista il carattere di un regime opzionale, che trova applicazione a seguito di una dichiarazione di volontà degli interessati: la suddetta iscrizione.

14. Come è stato osservato (J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, in *Rechtstheorie*, a cura di Grundmann, Micklitz, Renner, I, Tübingen, 2015, p. 115), la norma giuridica determina quale tipo di condotta è appropriato nei rapporti tra i consociati. Alcune norme si riferiscono in modo particolare ai rapporti tra determinati soggetti, ad esempio tra genitori e figli, contribuendo a caratterizzare la loro relazione, ma in ogni caso il precetto giuridico non determina tutti gli aspetti del rapporto, in parte configurato dagli stessi soggetti.

15. In questo senso, tra gli altri, M. C. GAITTO, C. CECHELLA, M. PALADINI, *Relazioni svolte all'incontro di studio "Unioni civili e convivenze"*, Scuola Superiore della Magistratura, AIAF Lombardia, Camera Civile di Brescia, Rezzato, 11 ottobre 2016.

Se invece si segue la seconda tesi, largamente prevalente in dottrina¹⁶, e già accolta in giurisprudenza¹⁷, la disciplina non rappresenta un regime opzionale ma una normativa di tutela che deve essere applicata sulla base della sussistenza dei presupposti indicati.

Peraltro, la consapevolezza delle conseguenze del significato da attribuire all'art. 1, comma 37, aiuta nella sua interpretazione. Il problema, infatti, non è (soltanto) quello di attribuire certezza ad una situazione attraverso un atto formale; trattandosi, in primo luogo, di individuare il corretto significato della nuova disciplina, riconoscendo la natura di regime opzionale rispetto al matrimonio, oppure quello di normativa di tutela che prescinde da un atto di volontà (indispensabile nel caso del matrimonio e dei PACS) e trova applicazione sulla base del fatto (convivenza).

6. Diversi elementi inducono a ritenere che sia esatta la seconda soluzione, ma ciò soltanto per quanto riguarda l'art. 1, commi 36-49 (nonché, come si vedrà, il comma 65). Posto, infatti, che la definizione di "conviventi di fatto", di cui all'art. 1, comma 36, si riferisce – per espressa previsione dello stesso comma – a tutte le disposizioni successive, e ad essa occorre attribuire la funzione di delimitare l'ambito della fattispecie, l'art. 1, comma 37, stabilisce che "ferma restando la sussistenza dei presupposti" di cui al comma precedente, "per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica..." e pertanto alla suddetta dichiarazione non può attribuirsi altra natura e funzione se non quella probatoria, poiché essa, in mancanza dei presupposti previsti e cioè degli stabili "legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale", per fermarci a quelli di ordine positivo, non potrebbe determinare la configurabilità della fattispecie. Da ciò consegue inoltre che può ben sussistere una convivenza di fatto, ai sensi della normativa in esame, pur in mancanza della suddetta iscrizione se ricorrono i richiesti presupposti di ordine positivo e negativo¹⁸.

I commi 38-49 nonché il comma 65 prevedono una serie di diritti dei conviventi o di un convivente, eventualmente nei confronti dell'altro, che trovano fondamento unicamente nella sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, cioè nel fatto della convivenza stabile. Così, i commi 38 e 39 attribuiscono ai conviventi di fatto gli stessi diritti

16. V., tra gli altri, M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 859 ss., 866; M. BLASI, *La disciplina delle convivenze di fatto omo e eteroaffettive*, in M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, p. 189.

17. Cfr. Trib. Milano, ord. 31 maggio 2016, in *www. Il caso.it*, secondo cui "la definizione normativa che il legislatore ha introdotto per i conviventi è scevra da ogni riferimento ad adempimenti formali"; la dichiarazione anagrafica "è richiesta dalla legge 76/2016 per l'accertamento della stabile convivenza (...) cioè per la verifica di uno dei requisiti costitutivi ma non anche per appurarne l'effettiva esistenza fattuale".

18. Cfr. L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 919 ss., p. 927. In senso analogo M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1306 ss., p. 1312, il quale tuttavia ritiene che la dichiarazione anagrafica, mera dichiarazione di scienza e non atto negoziale, sia obbligatoria.

previsti per i coniugi nelle ipotesi disciplinate dall'ordinamento penitenziario oppure in caso di malattia o di ricovero¹⁹; il comma 40, con disposizione moderna e innovativa, attribuisce al convivente di fatto la possibilità di designare l'altro suo rappresentante con poteri pieni o limitati in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute, e in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie; ed il comma 48 prevede la possibilità, invero in parte già disciplinata dalla legge, che il convivente di fatto venga nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno; il comma 42, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza, attribuisce al convivente di fatto superstito il diritto di continuare ad abitare nella stessa per un certo periodo di tempo; il comma 44, nei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, attribuisce al convivente di fatto il diritto (la norma parla di facoltà) di succedergli nel contratto; il comma 45 equipara la convivenza di fatto all'appartenenza ad un nucleo familiare per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare; il comma 46 attribuisce determinati diritti al convivente di fatto che ha prestato stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente; ed infine il comma 49 disciplina, invero in modo parziale, la fattispecie dell'illecito, stabilendo che in caso di decesso del convivente di fatto, derivante dall'illecito di un terzo, per stabilire il danno risarcibile al convivente superstite, si applicano i medesimi criteri utilizzati per il risarcimento del danno al coniuge superstite²⁰.

In tutte le ipotesi sopra brevemente elencate, la normativa di tutela dei conviventi o del convivente – eventualmente nei confronti dell'altro – si applica sulla base del fatto, cioè di una convivenza che presenti le caratteristiche indicate dalla legge, a prescindere da una dichiarazione di volontà dei conviventi ed anzi anche contro la volontà di (uno di) essi. La soluzione, per quanto concerne le fattispecie disciplinate nei commi sopra indicati, segue pertanto la scelta di fondo operata in occasione di tutti gli interventi (episodici) del legislatore negli anni recenti, che peraltro possono considerarsi ancora in vigore, in particolare con riguardo alle convivenze di fatto che non presentano le caratteristiche indicate dalla legge in esame, ad esempio per quanto concerne lo stato libero dei conviventi²¹.

19. Correttamente, si ritiene che siffatti diritti debbano essere garantiti a tutti i conviventi *more uxorio*, anche in mancanza dei requisiti di cui alla legge in esame: cfr. M. TRIMARCHI, op. cit., p. 867.

20. Per quanto riguarda invece l'illecito all'interno della famiglia, un opportuno richiamo all'art. 342-ter c.c., introdotto dalla legge n. 254/2001, «Misure contro la violenza nelle relazioni familiari», che equipara le posizioni del coniuge e del convivente, in caso di condotta pregiudizievole, ai fini dell'emanazione degli ordini di protezione, tra cui l'allontanamento dalla casa familiare, è presente in M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 868 ss., p. 873.

21. Coesistono pertanto due normative di tutela: quella costituita da tutte le disposizioni (di origine giurisprudenziale e legislativa) che hanno preceduto la legge 76/2016, applicabili sulla base della ricorrenza dei pre-

Trattandosi di una normativa di tutela anche (e per certi aspetti esclusivamente) di un convivente nei confronti dell'altro, fondata sul fatto della convivenza, che presenti le caratteristiche previste, non sembrano condivisibili le posizioni dottrinali che ammettono la possibilità per i conviventi di escluderne l'applicazione²². Proprio perché la legge non richiede alcuna forma di adesione degli interessati, appare ben difficile ipotizzare che, ricorrendo i presupposti relativi alla convivenza di cui alla legge in esame, ad esempio, possa non trovare applicazione la norma di cui al comma 46, che ha introdotto l'art. 230-ter, al fine di tutelare il convivente di fatto che ha prestato la propria opera lavorativa (senza ricevere il corrispettivo) all'interno dell'impresa dell'altro convivente, sia pure in un'ipotesi in cui i conviventi abbiano espressamente escluso l'applicabilità della suddetta disciplina.

7. Dopo il gruppo di norme che trovano applicazione sulla base del fatto (la convivenza stabile), e quindi a prescindere da una dichiarazione negoziale degli interessati ed anzi anche contro la volontà di (uno di) essi, il legislatore – più o meno consapevolmente – ha altresì predisposto un regime opzionale, al quale gli interessati possono accedere stipulando il contratto di convivenza di cui all'art. 1, comma 50, posto che sussistano i presupposti di cui al comma 36²³.

Seguendo la lettura che si propone, si perviene pertanto alla conclusione secondo cui la legge italiana offre in materia di convivenze una disciplina tendenzialmente completa, che in primo luogo attribuisce rilevanza alla convivenza, purché caratterizzata dai requisiti indicati, garantendo una tutela minima per una serie di situazioni ai “conviventi di fatto”, così definiti perché non rileva un atto di volontà ai fini della sua applicazione. Al primo gruppo di norme, segue un vero e proprio regime opzionale (rispetto al matrimonio o all'unione civile) basato – come ad esempio avviene in Francia con i PACS – su un atto di volontà degli interessati che decidono di stipulare il contratto di convivenza.

Molteplici argomenti – ad avviso di chi scrive – sorreggono l'interpretazione proposta. Anzitutto, nella seconda fattispecie, a ben vedere, la convivenza – con i requisiti di cui al comma 36 – non rileva (soltanto) quale presupposto per l'applicazione delle norme di cui ai commi 51-64 bensì la sua mancanza come ipotesi di “nullità insanabile” del contratto (comma 57, b), che risulta privo di causa concreta se le parti non convivono. Ancora,

supposti di volta in volta richiesti, e quella predisposta dalla nuova legge, applicabile soltanto per le convivenze di fatto che presentano le caratteristiche richieste.

22. Cfr., in tal senso, tra gli altri, G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona “unita civilmente”, e del convivente di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 980 ss., p. 989.

23. Sul punto v. G. DI ROSA, *I contratti di convivenza*, in *NLCC*, 2016, 694 ss., p. 696: secondo cui non è il contratto “ad essere costitutivo del rapporto ma è sul contratto che, presupposto il rapporto (fondato a sua volta sul fatto della convivenza), si fonda la (possibile) regolamentazione dell'ambito patrimoniale”.

il comma 57 prevede la nullità insanabile nel caso (tra l'altro) di presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza²⁴.

Dal punto di vista letterale, inoltre, appare decisivo che l'espressione conviventi "di fatto", presente nei commi precedentemente esaminati, relativi alla normativa di tutela, ricorre ancora nel comma 50, cioè nella norma, che segna il passaggio al secondo gruppo di commi, ove è previsto che i conviventi possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune mediante un contratto di convivenza. L'espressione conviventi "di fatto" – o convivenza "di fatto" – non è invece mai utilizzata nei commi 51-64, indice inequivocabile che non si tratta di una normativa di tutela basata su un mero fatto, bensì di una vera e propria disciplina opzionale, la cui applicazione dipende da un atto di volontà dei conviventi. Si consideri, ad esempio, il comma 52, ove si fa riferimento al "comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe", al quale "il professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticata la sottoscrizione (...) deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmettere copia"²⁵, oppure i commi 53 e 56 ove si parla di "parte" o di "parti" del contratto. In definitiva, i commi 51-64 non disciplinano situazioni attinenti a conviventi "di fatto" bensì i rapporti di conviventi che hanno deciso di utilizzare il nuovo contratto introdotto nell'ordinamento giuridico italiano con la legge 76/2016²⁶. Così come non si può parlare di un rapporto di lavoro di fatto se è stato stipulato un (valido) contratto di lavoro, non può parlarsi di conviventi di fatto o di convivenza di fatto se la fattispecie è disciplinata dal (nuovo) contratto messo a disposizione dei conviventi dalla legge²⁷. Sotto tale profilo deve apprezzarsi il rigore terminologico e la coerenza della nuova normativa.

Non sembrano pertanto del tutto condivisibili le osservazioni critiche rivolte alla legge in esame da numerosi autori per quanto concerne l'uso dell'espressione "conviventi di fatto"²⁸. Essa si riferisce, infatti, unicamente ai casi in cui la legge trova applicazione

24. Per una interpretazione non letterale del comma 57 in connessione con il comma 36, v. G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1319 ss., p. 1335 ss.

25. Concorde la critica della dottrina circa l'insufficienza del suddetto sistema di "opponibilità", posto che i registri anagrafici presso i quali deve iscriversi il contratto di convivenza svolgono prevalentemente funzioni statistiche e amministrative essendo destinati dal d.P.R., 30 maggio 1989, n. 223 a raccogliere le iscrizioni riguardanti la popolazione residente: cfr., tra gli altri, T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *NLCC*, 2016, p. 367 ss., p. 397; DI ROSA, *op. cit.*, p. 702.

26. Il Ministero dell'interno, come previsto dalla legge in esame, in data 1 giugno 2016 ha emanato la circolare n. 7, la quale stabilisce che, in base alle (richiamate) disposizioni rilevanti della legge 76/2016, l'attività degli uffici dell'anagrafe avrà ad oggetto l'iscrizione delle convivenze di fatto, la registrazione dell'eventuale contratto di convivenza e il rilascio delle relative certificazioni. L'iscrizione della convivenza di fatto risulta quindi necessaria quando si aderisce al regime opzionale e si stipula un contratto di convivenza.

27. Nel senso che si tratti di un nuovo contratto tipico, v. tra gli altri G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 943 ss., p. 946. Sulla natura del contratto v. già L. BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 133 ss., p. 146.

28. Cfr., tra gli altri, M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 7ª ed., Padova, 2016, p. 227.

sulla base del fatto “convivenza”, mentre il legislatore ha accuratamente evitato l’uso della suddetta espressione nei casi in cui gli interessati abbiano stipulato un contratto di convivenza, operando in tal modo mediante un atto di volontà una scelta favorevole al regime opzionale di cui ai commi 50-64, che consente di disciplinare i loro rapporti patrimoniali, ferma restando la tutela garantita dai commi 36-49 per le fattispecie da queste norme prese in considerazione.

Nell’ambito del regime opzionale ben si spiega, tra l’altro, la norma di cui al comma 53, che indica il possibile contenuto del contratto di convivenza, secondo il modello del regime matrimoniale: così per quanto riguarda le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo (cfr. art. 143, comma 3, c.c.), oppure alla scelta del regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del libro primo del codice civile. Ben si spiega, inoltre, la disposizione – già ricordata – di cui al comma 52, secondo cui, ai fini dell’opponibilità ai terzi, il professionista che ha ricevuto l’atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione ai sensi del comma 51 deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmettere copia al comune di residenza dei conviventi per l’iscrizione all’anagrafe. Si tratta infatti di una forma di pubblicità, sia pure, come si è visto, non del tutto idonea a rendere nota l’esistenza del regime opzionale di convivenza.

Poco coerente, soprattutto nell’ottica di un vero e proprio regime opzionale, l’assenza di una disciplina degli aspetti successori²⁹, almeno sul piano contrattuale: come è stato osservato, l’occasione sarebbe stata propizia per prevedere una deroga al divieto di stipulare patti successori di cui all’art. 458 c.c.³⁰.

8. Alcune brevi considerazioni si impongono, infine, per quanto concerne il comma 65, l’ultimo che disciplina le convivenze, prescindendo dai commi destinati agli aspetti finanziari e di bilancio. In questo caso, infatti, ricompare l’espressione “convivenza di fatto”, con riferimento alla sua cessazione, e si prevede il diritto del convivente di ricevere dall’altro convivente gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. La scelta terminologica non appare casuale, poiché ritornando ad attribuire rilevanza al mero “fatto” della convivenza il legislatore – ad avviso di chi scrive – ha inteso attribuire carattere inderogabile alla norma relativa all’obbligo

29. In caso di morte di un convivente di fatto il comma 42 prevede soltanto il diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza, posto che il defunto ne fosse proprietario, per due anni o per un periodo pari alla convivenza, se di durata superiore a due anni, ma comunque non oltre un quinquennio. Inoltre il comma 44 prevede il diritto di succedere nel contratto per la locazione della casa di comune residenza. In argomento v. F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1817 s.

30. Cfr. E. QUADRI, “*Unioni civili tra persone dello stesso sesso*” e “*convivenze*”: il non facile ruolo che la nuova legge affida all’interprete, in *Corr. giur.*, 2016, 893 ss., 902; F. MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *Giustiziacivile.com*, n. 6/2016, p. 13 ss.

alimentare: qualsiasi accordo stipulato nel contratto di convivenza non può far venire meno la tutela in esame se sussistono le caratteristiche della convivenza stabile indicate dalla legge nell'art. 1, comma 36.

Nella fase immediatamente precedente all'approvazione della legge è stata invece eliminata la previsione di un obbligo di mantenimento. Si tratta di una scelta da condividere perché un siffatto obbligo avrebbe rappresentato una limitazione eccessiva della libertà degli interessati di scegliere modalità di vita comune che non comportino la nascita di gravosi obblighi reciproci³¹. A ciò deve aggiungersi che l'obbligo di mantenimento ha conosciuto profonde limitazioni in tutti i paesi europei già con riferimento ai coniugi, essendosi affermata l'idea dell' "autoresponsabilità", per cui – a prescindere da particolari situazioni legate ad es. alla malattia o all'età avanzata – ciascuno degli *ex* coniugi deve provvedere in modo autonomo al proprio mantenimento dopo la fine del rapporto. L'obbligazione alimentare tra *ex* conviventi rappresenta invece un equilibrato riconoscimento della rilevanza della convivenza, soprattutto alla luce della previsione di un termine finale, posto che gli alimenti devono essere assegnati «per un periodo proporzionale alla durata della convivenza» (comma 65, seconda frase).

9. La nuova normativa sulle convivenze in connessione con quella, di poco più antica, che ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano lo stato unico dei figli, induce a chiedersi se la presunzione di legittimità dei figli nati da una coppia unita in matrimonio (art. 231 e seg. c.c.) non debba estendersi anche a favore dei figli nati in costanza di una convivenza di persone eterosessuali che presenti i requisiti previsti dal comma 36, cioè nel caso in cui ricorrano stabili legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, quindi di una formazione sociale che, al di là della prudenza terminologica del legislatore, rappresenta una famiglia³².

La questione ha invero dato vita ad un primo dibattito, ritenendosi da alcuni che sia ormai necessaria l'unificazione delle regole di accertamento della filiazione³³, mentre altra dottrina sostiene che sia il matrimonio dei genitori a giustificare l'attribuzione automatica dello stato di figlio dei coniugi, alla luce dell'obbligo reciproco di fedeltà previsto dall'art. 143 c.c., che consente di stabilire la presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c.³⁴. E, si noti, perfino la dottrina che ha autorevolmente ispirato e guidato la riforma della filiazione sostiene che l'affermazione dell'unicità dello *status*, stabilita dall'art. 315 c.c. e l'attribuzione degli stessi diritti a tutti i figli non comporta una totale equiparazione, ritenendosi giustificati trattamenti diversi alla luce del principio di eguaglianza sostanziale

31. In questo senso L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 931 ss., p. 938.

32. Sulla configurabilità di una famiglia concordano i contributi più meditati: cfr., ad es., T. AULETTA, op. cit., p. 398 ss.

33. L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *NLCC*, 2013, p. 201.

34. M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam e dir.*, 2014, p. 454.

e della ragionevolezza. I diversi criteri di accertamento non determinerebbero quindi discriminazioni essendo giustificati dalla “diversità insita nella distinzione tra filiazione all’interno o fuori del matrimonio”³⁵.

Il problema deve essere affrontato movendo anzitutto dal principio dell’unicità dello stato di figlio e quindi dell’eguaglianza di tutti i figli. Unicità dello stato e eguaglianza determinano già dei dubbi circa l’ammissibilità di una diversa disciplina che si vorrebbe giustificata da una situazione che non riguarda i figli bensì i genitori. Ma, a parte questo rilievo, non sembrano del tutto corrette le argomentazioni che portano a considerare ammissibile la presunzione di legittimità soltanto nel caso di figli nati all’interno del matrimonio. A giustificare la presunzione sarebbe infatti l’obbligo di fedeltà, previsto nel caso del matrimonio e non invece nel caso della convivenza. Tuttavia, a prescindere dal ridotto significato sociale che oggi viene attribuito al suddetto obbligo³⁶, esso – se inteso nel significato più moderno e attuale di lealtà reciproca – sembra discendere dalla previsione del comma 36, secondo cui i conviventi sono persone unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale. Si consideri, inoltre, che tradizionalmente non è stato l’obbligo di fedeltà il fatto che ha giustificato la presunzione di legittimità, bensì la coabitazione³⁷. Non rileva quindi l’obbligo di fedeltà, che ovviamente sussiste anche se i coniugi non coabitano, ma il fatto della coabitazione per fondare la presunzione di legittimità di cui all’art. 232 c.c. Anche nel caso della convivenza, la coabitazione³⁸ giustifica quindi – e ne costituisce la base – la presunzione di legittimità. Rimane da valutare se sia preferibile un’applicazione analogica degli art. 231 e seg. oppure la costruzione di una presunzione semplice di cui all’art. 2729 c.c. Ma, in ogni caso, risulta corretta la concisa affermazione secondo cui “il problema non è tanto quello di cancellare le presunzioni” (per realizzare la parità di trattamento), “ma di estenderne la portata là dove vi siano uguali presupposti”³⁹.

35. M. BIANCA, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, in *NLCC*, 2013, p. 518 ss.

36. Una recente proposta di legge della Senatrice Laura Cantini (Partito democratico), attualmente al vaglio della commissione giustizia del Senato, ne prevede addirittura la soppressione.

37. Nel senso che fedeltà reciproca e coabitazione rappresentano criteri di riconoscibilità delle convivenze, quali tratti identificativi che devono desumersi dal modello matrimoniale, v. S. DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 944 ss., p. 951.

38. Da intendersi peraltro quale coabitazione “abituale”, cioè con possibili intervalli dovuti ad esigenze di lavoro o personali. Sulla questione v. C. BONA, *La disciplina delle convivenze*, in C. BONA, P. CARELLO, G. CASABURI, I. GRIMALDI, I. E. PIPPONZI, A. ZEN, *Unioni civili e convivenze*, 2016, p. 137 ss.

39. Così Mir. BIANCA, *L’unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, p. 15.

“CONVIVENZE” E “CONTRATTO DI CONVIVENZA”

ENRICO QUADRI

Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

SOMMARIO: 1. Le “convivenze” ed il “contratto di convivenza” nella sistematica della legge n. 76 del 2016. – 2. Definizione della situazione di “convivenza” e sue problematiche conseguenze, anche alla luce del “diritto vivente” in materia. – 3. La disciplina del “contratto di convivenza” nel suo rapporto con quella concernente le “convivenze”. – 4. Contenuti del “contratto di convivenza”. – 5. Problematicità del regime pubblicitario del “contratto di convivenza”.

1. A quattro mesi dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della legge 20 maggio 2016, n. 76, su di un punto sembrano concordare i (prevedibilmente) numerosi contributi ad essa dedicati, in ciò confermando l'impressione immediatamente suscitata dal testo uscito il 25 febbraio dal Senato (ed approvato col meccanismo della fiducia il giorno 11 maggio dalla Camera dei deputati): il confuso accatastamento dei commi di cui si compone l'unico articolo della legge si presenta come la peggiore, quanto a qualità del tessuto normativo, delle riforme in materia di disciplina dei rapporti familiari, assolutamente inadeguata, quindi, a quel suo carattere epocale, che sembra idealmente accostarla, in quanto atta a rivoluzionare dalle sue fondamenta il nostro sistema ordinamentale in materia, al superamento, nel 1970, del principio della indissolubilità del matrimonio.

Certo le giustificazioni non mancano. Sovrasta ogni altra l'essersi trattato di un intervento non più rinviabile, se non altro – ed al di là di qualsiasi considerazione circa lo stridente contrasto del silenzio legislativo con le aspettative della società – per la definitiva messa in mora del nostro legislatore, dopo i reiterati avvisi della Corte costituzionale, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo il 21 luglio 2015. L'urgenza di provvedere comunque, così, dovrebbe suonare quale giustificazione, data la conseguente quasi inevitabile necessità di operare affannose mediazioni ideologico-politiche, della cattiva qualità del provvedimento. Un simile ragionamento, peraltro, pare attagliarsi solo alla parte del provvedimento stesso concernente la “regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso”, non quella relativa alla “disciplina delle convivenze”.

Già dalla sua intitolazione, in effetti, risulta palese come la nuova legge risulti programmaticamente caratterizzata da due nuclei di disciplina che riguardano problematiche diverse. L'indifferibilità, per le sue accennate motivazioni, non sembra contrassegnare la disciplina, quale che fosse destinata ad essere, delle “convivenze”. E ciò proprio in conseguenza dell'operata regolamentazione delle “unioni civili”, in quanto atta, nell'adempiere alle ricordate sollecitazioni, a dare risposta alle istanze delle persone dello stesso sesso, col

riconoscimento di un'adeguata rilevanza giuridica al comune progetto di vita. In proposito, infatti, non si può mancare di sottolineare come, ormai da diversi lustri, il maggiore impulso nel senso di una estesa regolamentazione legislativa della c.d. "famiglia di fatto", più o meno organica e tendenzialmente modellata su quella del matrimonio, derivasse, almeno in larga – se non prevalente – misura, proprio dalla carenza di un riscontro legislativo alle istanze in questione.

Anzi, deve forse addebitarsi all'innesto dell'istanza di riconoscimento delle unioni omosessuali sulla risalente problematica della rilevanza giuridica della "famiglia di fatto" l'essersi resa ancora più difficile l'eventuale definizione di un quadro normativo unitario atto a soddisfare contestualmente le esigenze dei conviventi eterosessuali e la realtà di tali unioni. E ciò per il risultare perseguito, appunto, dai *partners* dello stesso sesso non quello "statuto minimo" della convivenza, solo razionalmente compatibile con la scelta della coppia eterosessuale in senso contrario all'assunzione degli obblighi matrimoniali, ma, per così dire, uno "statuto massimo", la istituzionalizzazione, cioè, di un regime il più possibile simile a quello caratterizzante il matrimonio. Significative, in una simile prospettiva, si presentano, nella XV legislatura, le discussioni e le vicende concernenti il d.d.l. governativo n. 1339 del 2007, correntemente conosciuto con l'acronimo "DICO": iniziativa legislativa, questa, non a caso fallita nel suo tentativo di approntare una disciplina unitaria, atta a soddisfare contestualmente le diverse – se non opposte – esigenze e che, peraltro, pare aver finito – a questo punto, quindi, alquanto contraddittoriamente – col lasciare tracce nella parte del provvedimento dedicata alla "disciplina delle convivenze".

Ogni dubbio circa il carattere – secondo taluni troppo – "leggero" della disciplina dettata nei commi da 36 a 65 alle "convivenze" dovrebbe, allora, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, risultare superato, in dipendenza della possibilità, ora aperta a tutti attraverso la "regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso", di vedere assicurata una piena rilevanza giuridica al proprio consorzio di vita solidaristico-affettivo. In effetti, il costituire la convivenza, ormai per tutti, frutto della reale libertà di scelta, per usare le espressioni impiegate dalla Corte costituzionale in una sua fondamentale decisione del 1998 (Corte cost. 13 maggio 1998, n. 166), "di non voler assumere i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio" (e, ora, pure dalla "unione civile") pare rendere ancora più attuale il suo monito a legislatori ed interpreti, nel senso che, se "la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito per il matrimonio ... l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione del principio di libera determinazione delle parti".

Costituendo, appunto, materia specifica del presente intervento la seconda parte del provvedimento, una prima considerazione sembra imporsi, anche per risultare essa sostanzialmente condivisa da tutti coloro che se ne sono occupati. L'essersi – sia pure

per comprensibili motivazioni ideologico-politiche – la discussione che ha contrassegnato il difficile percorso parlamentare della legge n. 76 incentrata essenzialmente sulla sua prima parte ha finito col fare quasi – se non del tutto – trascurare la seconda, concernente le “convivenze”. Così, la mancanza, in buona sostanza, di qualsiasi reale riflessione in proposito, almeno in tempo ancora utile per una rimediazione della relativa disciplina, ha avuto come risultato quello di massimizzare i difetti di tale parte del provvedimento.

Ciò anche per un suo vizio di origine. L’aver fatto confluire nella disciplina delle “convivenze” quella del “contratto di convivenza”, senza operare – probabilmente per mancanza di adeguata consapevolezza sul punto – una univoca scelta tra due prospettive tradizionalmente caratterizzanti la discussione circa le vie percorribili per conferire rilevanza giuridica alle unioni affettive, dagli interessati programmaticamente non assoggettate al regime matrimoniale: da una parte, quella tendente a giuridicizzare la relazione di convivenza di per se stessa, considerandola come tale atto a dar vita uno *status*, fonte di effetti più o meno estesi nei rapporti tra i conviventi e con i terzi; dall’altra, quella tendente ad affidare esclusivamente alla scelta degli interessati ogni rilevanza giuridica della propria relazione, il “contratto di convivenza” caratterizzandosi, così, per rappresentare la sola via atto a far conseguire ad essi uno statuto giuridico della loro convivenza. Vizio di origine, questo, che emerge – e neanche tanto velatamente – da diverse delle disposizioni ora dedicate, appunto, al “contratto di convivenza”, indubbiamente influenzate, come si avrà modo di accennare più oltre, da una sua considerazione in chiave fondativa di uno *status* familiare tra le parti.

Non mancano, invero, giudizi complessivamente ottimistici sotto il profilo della opportunità della scelta legislativa. Un simile giudizio può essere senz’altro condiviso almeno dal punto di vista del, così avvenuto, definitivo superamento degli interrogativi – legati anche al di per sé equivoco inquadramento nell’ambito della sfuggente fenomenologia delle “formazioni sociali”, ai sensi dell’art. 2 Cost., comunque in larga misura già superati, soprattutto alla luce della nota prospettiva sopranazionale – circa il carattere “familiare” delle unioni affettive non formalizzate attraverso il matrimonio (o, adesso, l’unione civile). Ciò, in particolare, al fine di considerare estensibili ad esse quei profili di tutela sociale che si radicano nelle disposizioni costituzionali, le quali al fenomeno familiare, a fini di promozione e di protezione dei soggetti in esso coinvolti, fanno riferimento (il pensiero corre, ovviamente, in particolare, agli artt. 31, 36 e 37 Cost.). E questo nonostante la ritrosia manifestata dal legislatore, anche nella legge in questione, nei confronti dell’impiego di locuzioni esplicitamente allusive al carattere “familiare” della relazione (qui tanto rare da sembrare sfuggite alla volontà legislativa di emarginazione terminologica, secondo un atteggiamento, del resto, riscontrabile – e ancor meno giustificabile – pure nella parte del provvedimento dedicata alle “unioni civili”).

2. Al di là di tale indiscutibilmente positivo – anche se, dunque, solo implicito – contribuito alla discussione circa l'estensione dell'area dei rapporti di carattere "familiare", la sensazione secondo cui la disciplina ora introdotta si presti a dar vita a più problemi di quelli che essa si presenta atta a risolvere emerge di tutta evidenza già dal co. 36, in particolare nei suoi rapporti col co. 37.

Nel co. 36 il legislatore ha inteso definire la condizione di "conviventi di fatto" come quella di "due persone" per le quali, indipendentemente quindi dal carattere etero od omosessuale della relazione, ricorrono taluni "presupposti", positivi (maggiore età, stabilità del legame affettivo "di coppia" e di reciproca assistenza morale e materiale) e negativi (assenza di vincoli derivanti da parentela, affinità o adozione, nonché matrimonio o unione civile). Già a prima vista risulta evidente come si tratti di condizioni molto più restrittive di quelle previste dall'art. 515-8 *code civil*, dettato nel 1999 in tema di "concubinage", che se ne può considerare il modello remoto, e meno precise di quelle di cui al co. 1 dell'art. 1 del ricordato d.d.l. sui "DICO", che, comunque, può essere reputato il suo immediato punto di riferimento. E ciò anche per la chiara assonanza col secondo comma dello stesso articolo del co. 37, nel quale – peraltro "ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36" – si indica il "riferimento alla dichiarazione anagrafica", di cui agli artt. 4 e 13 (co. 1, lett. *b*) del d.P.R. 30 maggio, n. 223 (concernente l'individuazione, appunto, della c.d. "famiglia anagrafica", quale "insieme di persone legate da vincoli" eventualmente anche "affettivi", "coabitanti e aventi dimora abituale nello stesso comune"), come via "per l'accertamento della stabile convivenza".

Secondo quanto è stato immediatamente e unanimemente sottolineato, l'aver il legislatore voluto definire articolatamente le condizioni atte a caratterizzare la "convivenza", "ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67" che la concernono (ma i co. 66 e 67, invero, riguardano le sole unioni civili), impone all'interprete, in via preliminare, di porsi la questione relativa al trattamento da riservare alle unioni affettive non del tutto conformi – e pur presentandosi quali formazioni sociali sicuramente permeate da intima interdipendenza esistenziale e da intensa solidarietà – alla fattispecie delineata dal legislatore. Fattispecie, in relazione alla quale, quindi, ed anche su questo sembra esservi unità di vedute, neppure pare più attagliarsi, peraltro, la qualificazione "di fatto", con cui la legge n. 76 individua insistentemente i "conviventi" ai quali si riferisce. Si tratta, in effetti, dell'avvenuta introduzione di un ulteriore modello familiare "legale", quale situazione atta a determinare il sorgere di un vero e proprio *status*, pur se assai più tenue rispetto a quello conseguente al matrimonio o all'unione civile: tale, allora, da giustificare forse la riproposizione delle perplessità a suo tempo sollevate nei confronti della istituzionalizzazione di una famiglia di serie inferiore, di serie "B", se non addirittura di serie "C", ove si giungesse alla conclusione del carattere comunque discriminatorio della disciplina dell'unione civile rispetto a quella matrimoniale. E questo, in sostanza, nella prospettiva

cui era, in passato, funzionalmente orientato il d.d.l. sui “DICO”, senza, peraltro, come dianzi accennato, che ormai ve ne fosse più una reale (soprattutto urgente) necessità, in conseguenza dell’ormai a tutti aperta possibilità di optare per la piena giuridicizzazione del proprio rapporto di vita.

Interrogativi si pongono, invero, anche per l’estensione – pur in linea di principio da considerarsi pacifica – ai conviventi rientranti nell’ora operata definizione normativa di quella ricca regolamentazione di fonte legislativa o giurisprudenziale, che fino a questo momento si è venuta a stratificare in materia e di cui, del resto, molti commi del provvedimento risultano meramente – e spesso maldestramente – ripetitivi. E ciò, da una parte, appunto con riguardo ai profili presi disordinatamente in considerazione, quando l’ora dettata regolamentazione si presenta, secondo quanto si avrà modo di vedere, come addirittura peggiorativa, per gli interessati, rispetto alle soluzioni fin qui acquisite; dall’altra, per i profili non direttamente considerati, quando la regolamentazione già esistente introduca condizioni ulteriori rispetto alla definizione del co. 36, come, ad esempio, anche senza volere riferirsi alla specificazione di requisiti soggettivi sul modello dell’art. 5 della legge n. 40 del 2004, una durata determinata della convivenza (evidentemente, allora, ponendosi l’interrogativo circa l’operatività o meno, di volta in volta e in quale direzione, del criterio della specialità).

Ma è con riferimento alle situazioni dianzi accennate, sotto qualche aspetto carenti dal punto di vista dei presupposti di cui alla definizione legislativa, che il compito dell’interprete pare destinato a presentarsi più delicato. Riguardo a tali unioni affettive – per le quali non è agevole individuare una qualificazione, se non in chiave di libertà dai vincoli definitivi ora legislativamente introdotti e, come tali, effettivamente destinate a rilevare sul solo piano fattuale – sembra prevalere, comunque, l’opinione nel senso di considerare, almeno tendenzialmente, irrilevanti i caratteri ora legislativamente tipizzanti la “convivenza”, di fronte ad un diritto vivente che sin qui ha articolato le proprie soluzioni sulla base di condizioni esistenziali, di volta in volta concretamente individuate. Certo, peraltro, l’interrogativo sembra destinato a porsi, e in modo inquietante, ai fini della più comprensiva relativa applicazione, in termini di compatibilità o meno delle soluzioni pure sin qui accreditatesi con le specifiche – e soprattutto di quelle che sembrano presentarsi come sistematicamente più significative – opzioni del legislatore circa i diversi presupposti (ora) in via generale indicati.

Salvo ad approfondire il discorso in ordine ai singoli requisiti risultanti dall’introdotta definizione legislativa, pare in via preliminare da sottolineare come a consistenti dubbi presti il fianco la pretesa stessa di pervenire ad una nozione unitaria di “convivenza”, valevole a gestire tutte le diverse problematiche giuridiche che possano coinvolgere la reazione affettivo-solidaristica, quale nella realtà in ogni caso operante. Solo un’accezione differenziata di essa, sufficientemente elastica e sensibilmente attenta alla concreta natu-

ra degli interessi e dei valori personali di volta in volta in gioco, sembra effettivamente rispondere alla intima essenza del fenomeno. A prescindere dalla intrinseca contraddittorietà della pretesa di definire in via normativa un fenomeno preso – e da prendere – in considerazione proprio per la sua valenza fattuale, quanto sia inopportuna una sua, per così dire, “ingessatura” legislativa sembra attestarlo la stessa esperienza giurisprudenziale, attenta a contestualizzarlo rispetto alla realtà ed alla coscienza sociale, nella relativa dinamica evolutiva. Basti riferirsi, ad esempio, agli esiti della questione del risarcimento del convivente conseguente al “fatto illecito di un terzo” in caso di relazione di fatto: se inizialmente ancora si richiedeva – in aderenza, appunto, alle valutazioni sociali all’epoca ancora prevalenti – la diversità di sesso tra le parti, la giurisprudenza più recente, attenta alle dinamiche sociali, ha superato ogni limitazione al riguardo. Insomma, ogni tentativo del genere si presenta come inidoneo – in una società, come quella attuale, notoriamente refrattaria a qualsiasi imposizione di modelli comportamentali in materia personale e familiare – a dar conto della possibile polimorfa caratterizzazione, soggettiva ed oggettiva, del fenomeno nella realtà sociale.

Circa i vari presupposti indicati ora legislativamente, una prima questione si pone in relazione alla nozione stessa di “convivenza”, soprattutto in relazione al valore della “dichiarazione anagrafica” cui si riferisce il co. 37. Materia di discussione, al riguardo, è destinata senz’altro ad essere il ruolo di quest’ultima, in relazione alla quale non manca chi ravvisa in essa – sia pure per comprensibili preoccupazioni in ordine alla praticabilità dell’accertamento della situazione, appunto, di “convivenza” – un vero e proprio elemento della fattispecie legislativa (anche se, poi, la concreta incidenza di una simile presa di posizione tende a risultare notevolmente ridimensionata dal punto di vista operativo, in dipendenza dell’avvertita esigenza di non vanificare le tutele fin qui apprestate).

In proposito, sembra giustamente a prevalere, comunque, l’idea (che, del resto, ha trovato immediato riscontro anche in giurisprudenza: Trib. Milano 31 maggio 2016) di una sua valenza neppure *lato sensu* costitutiva (come pure potrebbe indurre a pensare il parallelo con la corrispondente – ma non coincidente – disciplina del d.d.l. in tema di “DICO”), in quanto considerata, piuttosto, destinata ad esaurire la propria portata sul piano meramente probatorio (e specificamente presuntivo, con riferimento, in particolare, all’inizio della convivenza, il riscontro del requisito della stabilità non sembrando, peraltro, potersi reputare senz’altro insito in un simile accertamento). Da una parte, quindi, soprattutto in dipendenza dell’inciso iniziale del co. 37 (richiedente “la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36”), deve reputarsi possibile escludere la ricorrenza di una “convivenza” giuridicamente rilevante, pur in contrasto con le relative (eventualmente positive) risultanze anagrafiche (come già in passato pacificamente sostenuto in giurisprudenza); dall’altra, è da ritenere che, secondo quanto già attualmente ammesso, gli interessati possano provare comunque la loro qualità di “conviventi”.

Del resto, lo stesso elemento della “coabitazione”, che risulta essenziale ai fini dell’operatività del meccanismo anagrafico (ai sensi dell’art. 4 del d.d.l. n. 223), non pare poter assumere un peso decisivo, in presenza di una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che – in una decisione del 7 novembre 2013 – ha affermato (e ribadito, in quella ricordata del 21 luglio 2015) che, ai fini della ricorrenza delle esigenze di tutela giuridica della “vita familiare”, “l’esistenza di un’unione stabile è indipendente dalla convivenza”, almeno se intesa in senso, appunto, rigidamente formalistico-anagrafico, essendo oggi normale, per qualsiasi coppia, vivere la propria relazione anche “a distanza ... per motivi professionali o di altro tipo”.

E un qualche ottimismo circa il recupero di spazi di elasticità pare restare, in ultima analisi, legato, allora, proprio al profilo di quella “stabilità” del legame, alla cui ricorrenza il legislatore – qui come altrove – e la giurisprudenza condizionano da sempre la relativa rilevanza sul piano giuridico: “stabilità”, che opportunamente – pur se non mancano dissensi al riguardo – si è preferito evitare di ingabbiare temporalmente in via generale, con ciò finendosi col riconoscere la insopprimibile necessità – non esente, ovviamente, da difficoltà – di valutare, a seconda degli interessi e dei valori di volta in volta specificamente in gioco, la dignità sociale da riconoscere al legame stesso, adeguatamente valorizzando, appunto, il profilo delle sue caratteristiche temporali (secondo quanto, in effetti, risulta essere costantemente avvenuto nella pregressa disciplina del fenomeno).

La definizione legislativa offre spunto per ulteriori considerazioni non scevre da perplessità. In proposito, comunque, non pare potersi dubitare che la relazione cui ci si riferisce debba caratterizzarsi per una sua integrazione personale fondata anche sull’apertura alla sessualità, nel senso tradizionalmente attribuito all’idea stessa di “convivenza *more uxorio*”. Giustamente, si è sottolineato come non avrebbe senso, se no, la previsione dei presupposti negativi relativi alla parentela e all’affinità. Piuttosto, proprio a tale ultimo riguardo, al di là dei problemi interpretativi che pone la mancata precisazione del grado di parentela (e di affinità) rilevante, non può dimenticarsi come il carattere incestuoso della convivenza non sia stato reputato senz’altro ostativo all’operatività della tutela risarcitoria (Trib. Venezia 31 luglio 2006), pure al riguardo, quindi, ponendosi la questione se la continuità della soluzione possa essere anche in futuro giustificata dalla peculiarità degli interessi esistenziali in gioco nella realtà fattuale, cui non sembra poter fare a meno di essere sensibile lo strumento risarcitorio.

Certo, la scelta dei presupposti condizionanti, nell’ottica del co. 36, la “convivenza” da considerare programmaticamente destinataria della tutela ordinamentale sembra ispirarsi, al fondo, al tradizionale punto di vista, secondo cui, dovendo rispecchiare una simile “convivenza” – e a maggior ragione, ovviamente, ora che viene ad essa ricollegato un vero e proprio *status* familiare – il modello matrimoniale, non potrebbero essere prese in considerazione le “convivenze” bollate come “illicite”, appunto in quanto, in sostanza,

contrastanti con impedimenti matrimoniali. Immediatamente, così, in particolare, si è posta, di fronte al presupposto dell'assenza del vincolo matrimoniale (o di unione civile), la questione delle "convivenze" tra persone di cui almeno una sia separata, legalmente, ma, soprattutto per il riferimento del co. 36 pure all'unione civile che non conosce l'istituto della separazione personale, anche solo di fatto. Indubbiamente, la coesistenza – dato che in ciò si risolve, nell'ottica del provvedimento in discussione, una simile situazione – di due *status* familiari potrebbe apparire una contraddizione in termini, poiché quello matrimoniale, almeno alla luce del diritto vigente, non cessa con la separazione personale. Ma, in proposito, non si può dimenticare come allo stesso sorgere (ed allo sviluppo) della problematica della rilevanza giuridica delle "convivenze" sia risultato tutt'altro che estraneo il trattamento di quelle, per così dire, "aggiuntive" al matrimonio (un tempo necessitate, prima per la relativa indissolubilità, poi per i lunghi tempi di attesa richiesti ai fini del divorzio).

È, allora, veramente difficile pensare che risulti ora precluso il riconoscimento di situazioni fin qui correntemente prese in considerazione. Ci si riferisce, in particolare, ancora una volta, alla materia risarcitoria, nel cui contesto non si è esitato a trarre le relative conseguenze dall'"effettiva coesistenza di due nuclei familiari entrambi percepiti e vissuti dal defunto come 'famiglia' e del sostegno economico fornito in uguale misura ad entrambi" (Cass. 7 giugno 2011, n. 12278). Si conferma, allora, il dianzi accennato rilievo circa la necessità che la soluzione di ogni problematica non possa prescindere dalla natura degli interessi e dei valori di volta in volta in gioco, come significativamente attestato, ad esempio, dalla giurisprudenza sui "maltrattamenti contro i familiari e conviventi", ai sensi dell'art. 572 c.p., ferma nel ritenere irrilevante "il carattere monogamico del vincolo sentimentale posto a fondamento della relazione" (oltre che la "continuità della convivenza, intesa quale coabitazione"), solo essendo reputato necessario il riscontro di "un rapporto stabile di affidamento e solidarietà" (Cass. pen. 18 marzo 2014, n. 31121).

Tale ultimo orientamento spinge a riflettere circa le non poche difficoltà che presenterà per l'interprete la realtà delle unioni poligamiche, di fronte al perentorio riferimento del co. 36 a "due persone" vincolate da "legami affettivi di coppia". L'estraneità di tali unioni ad un simile riconoscimento da parte dell'ordinamento non può occultare, in effetti, la realtà della diffusione del fenomeno in conseguenza dei movimenti migratori, atto ad innescare una problematica almeno entro certi limiti assonante, del resto, con quella da noi già discussa, in passato, appunto in chiave di rilevanza del rapporto fattuale, con riguardo alle coppie unite da matrimonio solo religioso, quello poligamico essendo evidentemente ammesso in ambienti musulmani (e non solo). Al di là delle questioni risarcitorie, in relazione alle quali, sul piano fattuale, la situazione in questione potrà difficilmente mancare di essere presa in considerazione, pare arduo negare che diritti riconosciuti in considerazione della convivenza – e ciò anche in relazione a profili affrontati

nella nuova normativa, in larga misura sostanzialmente ricognitiva di quella preesistente, come, in particolare, quelli concernenti l'assistenza carceraria e sanitaria – possano essere in linea di principio negati.

Le considerazioni sin qui svolte, soprattutto con riguardo al tentativo definitorio del legislatore, dovrebbero convincere della poca opportunità di una regolamentazione della materia, quale quella operata, comunque disorganica e tale da largamente ricalcare, con confusi aggiustamenti o addirittura peggiorativamente, soluzioni già acquisite a livello legislativo e giurisprudenziale. E proprio la tecnica seguita dal legislatore finisce col rendere comunque non agevole, soprattutto con riferimento alla mancanza di stato libero delle parti, anche l'applicazione concreta di una prospettata linea interpretativa, tendente a riservare alle “convivenze” rispondenti al modello legislativo i soli nuovi diritti riconosciuti dalla legge. In effetti, un simile ragionamento può forse attagliarsi, senza particolari difficoltà, agli indiscutibilmente nuovi diritti introdotti con riguardo alla cessazione della convivenza, di carattere successorio, come nel co. 42, ovvero assistenziale, come nel co. 65, ma incertezze sono destinate indubbiamente a sorgere in ordine alla sorte di prerogative già riconosciute ai conviventi – e che, allora, come tali dovrebbero sicuramente continuare a esserlo, indipendentemente, insomma, dalla ricorrenza di tutti i presupposti del co. 36 – ma ora in qualche misura precisate ed eventualmente accresciute nei relativi contenuti (come, ad esempio, la facoltà, di cui al co. 44, di successione nel rapporto di locazione, in caso di recesso del conduttore e, quindi, implicitamente, di venir meno della convivenza).

Circa l'accennata problematicità, ai fini esegetici, dell'intervento legislativo in discussione, due sue opzioni sembrano particolarmente significative.

In primo luogo, la tutela risarcitoria, laddove il co. 49 allude al solo “decesso” del *partner*, si presenta palesemente recessiva rispetto agli approdi giurisprudenziali, tendenti a prendere in considerazione le aspettative risarcitorie del congiunto, anche in caso di relazione di fatto, indipendentemente da una simile estrema evenienza (nel caso, cioè, di sole lesioni: già Cass. 29 aprile 2005, n. 8976). Prevedibile, quindi, risulta la conferma di un simile indirizzo, l'apporto della nuova previsione potendo essere, al più, da apprezzare sotto il profilo probatorio.

Quanto, poi, al co. 46, a parte la criticabilità della rubrica dell'ivi contemplato nuovo art. 230-*ter* c.c., anodinamente intitolato ai “diritti del convivente” (e salvo, poi, a riemergere – con riflessi da considerare sicuramente significativi sul piano esegetico – il riferimento all’“impresa familiare” nel corpo della disposizione), la prevista disciplina si dimostra irragionevolmente carente sotto diversi punti di vista rispetto al modello dell'art. 230-*bis* c.c., ove se ne tenga presente convenientemente la funzione, con conseguente necessità di una interpretazione adeguatrice, eventualmente anche attraverso un intervento della Corte costituzionale. Ci si riferisce, in particolare, al silenzio circa il “diritto

al mantenimento” e la rilevanza del lavoro prestato nel contesto della vita comune, oltre che alla mancata considerazione di quei diritti gestionali che, nel sistema complessivo della “impresa familiare”, si pongono in rapporto di stretta interdipendenza con quelli economico-partecipativi (peraltro, come accennato, in modo espresso solo parzialmente estesi al convivente). Meglio, quindi, sarebbe stato limitarsi all’inserimento anche del “convivente” tra i soggetti tutelati, con ciò, del resto, semplicemente prendendo atto dell’apertura in tal senso della giurisprudenza più recente in materia (Cass. 15 marzo 2006, n. 5632). E, anche al riguardo, comunque, non pare che la tutela del convivente possa risultare condizionata dalla ricorrenza integrale degli elementi di cui al co. 36.

Altri aspetti della disciplina si presentano inutilmente (oltre che talvolta lacunosamente) ripetitivi di quanto già normativamente previsto. Esemplare, in proposito, appare il co. 48, in materia di protezione degli incapaci, nel quale, da una parte, ci si limita a sintetizzare quanto statuito dagli artt. 408 e 424 c.c., peraltro tacendo – pur intervenendosi diligentemente, col co. 47, sull’art. 712 c.p.c. – circa il profilo della titolarità dell’iniziativa in materia, attualmente regolato dall’art. 417 c.c. (cui rinvia l’art. 406 c.c.) proprio con riferimento (anche) alla “persona stabilmente convivente”; dall’altra, si sorvola su quel carattere preferenziale da attribuire alla condizione soggettiva in questione, al quale allude esplicitamente – al pari delle altre condizioni soggettive prese in considerazione – l’art. 408 c.c.

Del resto, pure le previsioni di cui ai co. 38 e 39, in tema di assistenza penitenziaria e sanitaria, non fanno altro che rispecchiare, in buona sostanza, quanto già, in via legislativa o regolamentare, largamente ammesso. Al più, l’essersi il legislatore pronunciato per principi generali può ritenersi consentire all’interprete di intervenire integrativamente sull’esistente, anche al riguardo, comunque, difficilmente potendosi pensare che la definizione del co. 36 pregiudichi aspettative già allo stato tutelate in considerazione dei valori personali coinvolti. Discorso sostanzialmente analogo pare da svolgere a proposito del co. 45, in tema di accesso alle graduatorie per “l’assegnazione di alloggi di edilizia popolare”, in cui si eleva a principio generale quanto già previsto a livello di legislazione regionale, peraltro dandosi luogo a delicati problemi di coordinamento con tale legislazione, laddove, in una materia di competenza regionale, le singole regolamentazioni prevedano requisiti specifici, come, diffusamente, quello di una durata minima della convivenza.

Taluni aspetti, poi, risultano irragionevolmente tali da prospettare profili di intervento addirittura estranei, almeno allo stato, anche ai rapporti familiari fin qui riconosciuti. In proposito, ci si riferisce, in particolare, al co. 40 (relativo al conferimento di poteri decisionali “in caso di malattia” o “in caso di morte” del convivente). Al di là di altre questioni destinate a sorgere, come quelle connesse all’anodino riferimento ai “poteri pieni o limitati” del rappresentante designato, balza agli occhi il semplicismo con cui sono affrontate materie già oggetto di specifiche discipline (come quelle concernenti i trapianti

e le decisioni relative alle spoglie), oltretutto senza riflettere adeguatamente circa l'eventuale opportunità di integrarne la portata, valorizzando la posizione del convivente anche indipendentemente dalla specifica designazione ora contemplata. Ma l'approssimazione del legislatore sembra trionfare nell'intervento che si è operato su di una problematica resa complessa dalle relative implicazioni etico-ideologiche – che, non a caso, ne hanno fino a questo momento ostacolato la disciplina legislativa – come quella delle c.d. “disposizioni anticipate di trattamento”, pure con riferimento ai controversi profili di natura formale della manifestazione della volontà, qui senz'altro risolti nel co. 41, al di fuori di qualsivoglia adeguato approfondimento della – e di coordinamento con – la problematica generale coinvolta. La situazione conseguente all'intervento legislativo, la cui evanescenza ed approssimazione contrasta singolarmente con la vastità e l'articolazione del dibattito in materia, finisce, allora, con l'apparire quasi paradossale, in particolare nella limitazione della sua portata alla posizione del convivente, così da determinare tensioni sul piano sistematico, l'interprete essendo evidentemente chiamato ad una armonizzazione che, ove non vengano reputati sufficienti gli strumenti esegetici a sua disposizione, potrebbe sfociare nella prospettazione di questioni di legittimità costituzionale.

Indubbio carattere di complessiva novità assume la previsione di taluni riflessi economici in conseguenza della cessazione della convivenza, risultandone confermata – al di là di qualsiasi possibile perplessità in ordine alla relativa coerenza ed opportunità, alla luce delle considerazioni di carattere preliminare dianzi svolte – la prospettiva dell'introduzione di un vero e proprio nuovo *status* familiare in dipendenza di essa (restando salva, poi, una inevitabile diversità di valutazioni circa i termini del bilanciamento, quale ora operato dal legislatore, tra i valori di libertà e di solidarietà destinati ad entrare in gioco in materia).

In particolare, così, il co. 65 introduce – ad esito di una affrettata riscrittura dell'ultima ora della disposizione, la quale ha lasciato traccia in una “e”, inspiegabile se non nel senso della sua sovrabbondanza – un obbligo alimentare a favore del “convivente” che “in caso di cessazione della convivenza... versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento”: la previsione del diritto del convivente più debole ad essere economicamente assistito dall'altra parte – sia pure solo “per un periodo proporzionale alla durata della convivenza” – sembra strettamente ricollegarsi a quella esclusività del rapporto personale, valorizzata nella definizione del co. 36 con il riferimento alla condizione di assenza di vincoli matrimoniali o da unione civile. Nella logica del disegno legislativo, allora, un simile diritto pare assumere carattere di indisponibilità: perplessità – se non addirittura dubbi di legittimità costituzionale – suscitando, peraltro, e proprio per il senso che acquista il suo riconoscimento, il rango riservato all'obbligo alimentare del convivente nella graduatoria dei soggetti su cui grava l'obbligo di prestare gli alimenti, ai sensi dell'art. 433 c.c. E difficile sembra negare che la previsione in questione rappresenti il riflesso di una conseguita – sia pur attenuata – giuridicità del dovere di solidarietà

tra conviventi, destinato ad emergere, quindi, almeno nel delicato momento della crisi dell'unione. Tale ricostruzione, del resto, pare saldarsi con – e finire ora con il legittimare – l'orientamento da ultimo manifestatosi in giurisprudenza, tendente a ritenere definitivamente estinto qualsiasi effetto economico dipendente da un venuto meno precedente rapporto matrimoniale, una volta instauratasi una convivenza avente le caratteristiche sostanziali ora positivizzate dal legislatore (Cass. 3 aprile 2015, n. 6855).

Il medesimo carattere di novità impronta anche l'originale – e sia pure temporaneo – “diritto di continuare ad abitare” nella “casa di comune residenza” per il caso di “morte del proprietario”. Diffusa è l'idea dell'assonanza strutturale di un simile diritto abitativo, al di là della sfuggente formulazione legislativa, con il diritto previsto dall'art. 540, co. 2, c.c.: con ciò confermandosi l'attivazione, da parte del legislatore, di un vero e proprio effetto successorio della convivenza, come tale preferibilmente anch'esso da reputare sottratto alla disponibilità convenzionale – ma, per la sua peculiare funzione, di natura tale da esserlo, è da credere, anche alla volontà testamentaria – delle parti.

Nella stessa ottica di novità è da assumere pure, ai sensi del co. 44, la facoltà di successione del convivente nel contratto di locazione, non solo in caso di morte del conduttore, secondo quanto già consentito a seguito dell'intervento della Corte costituzionale nel 1988 (Corte cost. 7 aprile 1988, n. 404), ma anche nel caso di suo recesso (e, quindi, implicitamente di venir meno della convivenza a seguito della relativa crisi): ciò sulla base di un proprio personale ed autonomo diritto, svincolato, cioè, da qualsiasi collegamento con la sussistenza di prole (e, come tale, in precedenza negatogli dalla giurisprudenza costituzionale: Corte cost. 11 giugno 2003, n. 204).

3. La parte del provvedimento più problematica per l'interprete, comunque, sembra essere quella relativa al “contratto di convivenza”, pure per quella sua immediata operatività che pone agli operatori destinati a venire coinvolti nella sua stipulazione pressanti interrogativi, oltretutto in conseguenza del dovere, per il professionista chiamato a intervenire, di attestarne “la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico”.

Già si è dianzi accennato alla confluenza nell'attuale disciplina del “contratto di convivenza” – in conseguenza di stratificazioni successive nel corso dei contorti lavori parlamentari attraversanti le successive legislature – di prospettive diverse, se non contrastanti o addirittura incompatibili. Così, a fronte di una sua definizione, nel co. 50, quale (mero) strumento di possibile arricchimento, dal punto di vista della regolamentazione dei relativi aspetti patrimoniali, della situazione di “convivenza”, di per se stessa giuridicizzata e tale da potersi assumere come fondativa di uno *status* familiare, residuano profili di disciplina consoni, piuttosto, ad una concezione del “contratto di convivenza” come unica via per conseguire, da parte dei conviventi, un peculiare *status*, ricollegato, quindi, proprio (e solo) alla stipulazione del “contratto di convivenza”. Ciò

secondo una prospettiva che alcune precedenti proposte di intervento legislativo – più o meno coerentemente – avevano in larga misura derivato da un progetto elaborato, appunto in materia di “patto di convivenza”, in sede notarile nell’ottobre del 2011.

Espressioni di una simile prospettiva emergono, innanzitutto, già nel divieto, di cui al co. 56, di sottoposizione del contratto “a termine o condizione”, non a caso scoperatamente assonante con il disposto dell’art. 108 c.c., dettato in materia matrimoniale, in quanto quasi inevitabile portato della natura fondativa di uno *status* dell’atto matrimoniale (curiosamente trascurato – è da credere non intenzionalmente, ma per mera dimenticanza – nella regolamentazione delle “unioni civili”). E, non inaspettatamente, proprio le perplessità suscitate da tale divieto ne hanno già diffusamente consigliato interpretazioni fortemente restrittive, se non sostanzialmente abroganti.

Né è sfuggita la singolarità della previsione di cause di nullità del “contratto di convivenza” trattate come veri e propri impedimenti, senza dubbio riecheggianti – anche quanto a regime – quelli matrimoniali e tali da presentarsi in un contorto e quasi indecifrabile rapporto con le condizioni previste, nel co. 36, per il riconoscimento della rilevanza della convivenza, a loro volta considerate – attraverso il riferimento generale di cui al co. 57, lett. *b* – quali elementi la cui carenza determina la nullità del “contratto di convivenza”. Esempio, in proposito, si presenta la lett. *a* del co. 57, in cui viene stabilita l’incompatibilità del “contratto di convivenza” con un sussistente (diverso) *status* delle parti, derivante da matrimonio o unione civile, ma anche, quasi a riprova della ricercata esclusività del rapporto costituito col “contratto di convivenza”, da “un altro contratto di convivenza”. Del resto, significativa risulta anche la previsione, nel co. 53, lett. *a*, della “indicazione della residenza” quale contenuto del contratto in questione, dato che un simile accordo – peraltro sicuramente estraneo alla materia patrimoniale, pur dichiaratamente caratterizzante il “contratto di convivenza”, ai sensi del co. 50 – era funzionale, nell’originaria impostazione dianzi ricordata, a conseguire, attraverso i prescritti adempimenti successivi, le medesime finalità accertative della “dichiarazione anagrafica” di cui al co. 37, da ricollegarsi, quindi, all’idea di una natura, almeno *lato sensu*, costitutiva di uno *status* del “contratto di convivenza”.

Indubbiamente, al di là delle accennate riserve circa le irrisolte ambiguità dell’intervento legislativo, esso era da tempo auspicato. Tuttavia, all’impegno profuso non sembra corrispondere una sua reale utilità, dato che pare lecito concludere, alla luce della disciplina ora dettata, nel senso che l’introdotta istituzione, tradendo le aspettative che circondavano l’auspicio di un intervento legislativo in materia, abbia finito, in buona sostanza, col risultare già in partenza, per così dire, sterilizzato.

4. Un simile rilievo si riconnette, in primo luogo, ai contenuti indicati nel co. 53, in collegamento con la definizione, di cui al co. 50, del “contratto di convivenza” come strumento col quale i conviventi “possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla

loro vita in comune”. Mentre in un primo tempo, sulla falsariga della ricordata proposta notarile del 2011, era stata ipotizzata la possibilità di disciplinare (anche) le conseguenze economiche dell’eventuale crisi dell’unione, la relativa previsione è stata – e sembra consapevolmente – soppressa nel testo approvato: da ciò consegue come sia stato programmaticamente sottratto al “contratto di convivenza” proprio quell’ambito regolamentare che si è da sempre reputato – secondo quanto insegna l’esperienza dei paesi in cui l’istituto ha trovato tradizionalmente ampio seguito – il suo terreno di elezione.

Col risultare, insomma, appunto programmaticamente, ristretta la portata dello strumento del “contratto di convivenza” alla regolamentazione dei rapporti economici concernenti la “vita in comune”, giustificata sembra la conclusione – motivata con riferimento al profilo causale conseguente all’operata “tipizzazione” – nel senso di ritenere preclusa agli interessati la relativa utilizzazione al fine dianzi indicato. Certo, le parti potranno comunque disciplinare aspetti patrimoniali concernenti la crisi della convivenza: si tratterà, però, di accordi da considerare pur sempre – in quanto ricadenti al di fuori del perimetro della “tipicità” ora così angustamente assicurata agli accordi in questione – assoggettati al generale controllo di meritevolezza, di cui al secondo comma dell’art. 1322 c.c., non diversamente, cioè, da quanto già in precedenza da considerare consentito (come, ad esempio, con riguardo al meccanismo del vincolo di destinazione, di cui all’art. 2645-ter c.c.). Ma, al riguardo, non si può fare a meno di sottolineare come la notevole ritrosia fin qui manifestatasi nella pratica nei confronti dello strumento del “contratto di convivenza”, nonostante l’impegno del notariato nel 2011 (e, poi, nel 2013, ma già dal 1994), sia in larga misura da ascrivere proprio alle incertezze legate alla sorte – solo episodicamente, invero, vagliata con dichiarato favore (Trib. Savona 24 giugno 2008) – degli accordi in questione, a seguito del loro eventuale controllo giudiziale *a posteriori* (con conseguente esitazione, da parte dei professionisti, in ordine all’assunzione della responsabilità su di loro istituzionalmente incombente in relazione al controllo preventivo di conformità, come si esprime anche il co. 51, “alle norme imperative e all’ordine pubblico”).

Quanto, poi, alla diffusamente auspicata – proprio in vista della valorizzazione dello strumento in esame – possibilità di accordare all’autonomia degli interessati spazi di regolamentazione di aspetti successori del loro rapporto, il legislatore ha pure tradito le aspettative, espungendo dal testo ogni possibilità di deroga al divieto dei patti successori, nonostante l’erosione di tale principio, almeno se inteso in tutta la sua tradizionale rigidità, non solo altrove, ma anche nel nostro stesso ordinamento (il riferimento è, in particolare, all’art. 768-bis c.c., relativo al “patto di famiglia”, col suo, peraltro discusso, richiamo da parte dell’art. 458 c.c.). E si ricordi come proprio all’insussistenza del divieto in questione sia ascrivibile, in Germania, quel successo dell’istituto, cui è conseguita l’assenza di consistenti istanze nella direzione di una regolamentazione in via legislativa delle “convivenze”.

Del resto, ben strana sollecitudine nei confronti del fenomeno stesso della convivenza al di fuori del vincolo matrimoniale o di unione civile sembra quella che, pur a volere escludere previsioni derogatorie del divieto accennato, non dia luogo almeno all'introduzione, come previsto nel d.d.l. sui "DICO", di un trattamento fiscale di favore, se non altro per le attribuzioni operate attraverso l'ordinaria successione testamentaria del convivente, persistentemente considerato, quindi, sul medesimo piano degli estranei al testatore.

Dopo avere accennato agli aspetti destinati a restare fuori dal "contratto di convivenza", quale ora disciplinato, la riflessione deve spostarsi sui suoi contenuti espressamente ipotizzati dal legislatore. Si tratta, non pare contestabile, di un ambito estremamente esiguo e, alla luce delle considerazioni dianzi svolte, l'eventuale conclusione nel senso della non tassatività dell'elencazione del co. 53, giustificata, appunto, dall'angustia della previsione legislativa, sembra dover essere comunque intesa come tale da comportare, in sostanza, un rinvio alle regole contrattuali comuni: ciò che si è finito, in effetti, col riconoscere indicando come soluzione preferibile la via dell'utilizzazione di – appunto comuni – tipologie contrattuali collaudate (come, ad esempio, quelle del c.d. "contratto di mantenimento" o del comodato, per cui già Cass. 8 giugno 1993, n. 6381), col dubbio – da reputarsi forse eccessivo, ma in ogni caso significativo di una respingente incertezza destinata a perpetuarsi in materia – che possano ora operare, anche al riguardo, i vincoli formali di cui al co. 51, ove si prescrive per il "contratto di convivenza" la "forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato".

Al di là della già accennata previsione relativa alla "indicazione della residenza", la cui reale portata resta inevitabilmente oscura e controversa, data la sua estraneità all'area di quei "rapporti patrimoniali" cui si riferisce il c. 50, indubbio interesse pare rivestire la previsione della lett. *b* del co. 53, col suo riferimento alle "modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo". E la formulazione legislativa, laddove demanda all'autonomia degli interessati la fissazione delle sole "modalità della contribuzione" sembrerebbe, invero, presupporre – in via generale tra i conviventi – la sussistenza e l'indisponibilità di un diritto reciproco alla "contribuzione alle necessità della vita in comune", caratterizzato, pure inderogabilmente, dal criterio della proporzionalità, sulla falsariga di quanto risultante dal terzo comma dell'art. 143 c.c.

Resta, peraltro, la debolezza intrinseca della concreta vincolatività di un simile dovere, una volta ammessa, da una parte, la libera terminabilità della convivenza, senza tutele che vadano oltre l'eventuale, dianzi ricordata, insorgenza del menzionato obbligo alimentare, al quale è da ritenere intrinsecamente estranea qualsiasi possibile curvatura sanzionatoria, diversamente da quanto consentito attraverso lo strumentario previsto nel contesto del

regime economico della separazione personale (quale riflesso della sua addebitabilità) e dello stesso divorzio (con riguardo, in particolare, al criterio delle “ragioni della decisione”, sancito, in materia di assegno, dall’art. 5, co. 6, l. div.); dall’altra, la risolubilità del “contratto di convivenza” medesimo anche a seguito di “recesso unilaterale” (co. 59, lett. b). Certo, residua spazio per l’invocazione del meccanismo risarcitorio, ammesso – nel più ampio contesto della problematica concernente il c.d. “danno endofamiliare” – dalla giurisprudenza (Cass. 20 giugno 2013, n. 15481) pure a tutela del convivente *more uxorio* (del resto, altrove – in particolare in Francia – con una certa larghezza impiegato, appunto, per governare i riflessi economici più gravi della rottura colpevole del rapporto). Ma, anche al di là delle persistenti perplessità, di carattere generale, sull’utilizzazione dello strumento risarcitorio comune in materia familiare, è noto come vi siano seri dubbi circa la sua esatta perimetrazione, di fronte ad orientamenti giurisprudenziali tutt’altro che univoci riguardo all’individuazione dei diritti alla cui violazione riferire una simile tutela: dubbi destinati, evidentemente, a risultare esaltati in caso di sua applicazione al campo dei rapporti di convivenza, proprio per l’incertezza circa la sussistenza stessa – e comunque l’estensione – della doverosità dei comportamenti che la sostanziano.

Peraltro, la previsione che riveste maggiore interesse pare quella di cui alla lett. c del co. 53, laddove si consente alle parti la scelta del “regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo IV del titolo VI del libro primo del codice civile”.

Qui, effettivamente, l’intervento legislativo sembra essere stato decisivo, dato che, almeno ai fini della rilevanza nei confronti dei terzi, l’instaurazione pattizia di un regime di comunione dei beni corrispondente a quello considerato legale per i coniugi è sempre stata ritenuta eccedere l’ambito del possibile esercizio dell’autonomia degli interessati. In assenza della stipulazione in questione, evidentemente, i conviventi continuano a vedere i loro rapporti economici disciplinati secondo le regole comuni, ovviamente essendo destinate ad entrare in gioco quelle tutele che, allo stato, già li circondano, con particolare riferimento agli esiti giurisprudenziali in ordine all’applicazione degli istituti dell’obbligazione naturale (art. 2034 c.c.) e dell’ingiustificato arricchimento (art. 2041 c.c.).

Non è il caso, ovviamente, di porre in discussione la scelta del legislatore, palesemente rientrante nella sua discrezionalità. Scelta, proprio in dipendenza del cui carattere derogatorio delle regole comuni pare difficile, invero, reputare aperta agli interessati la possibilità di dare vita a regimi patrimoniali diversi da quello espressamente loro consentito, l’ammissibilità di una tale, sia pure limitata, possibilità – magari nel senso della sola comunione convenzionale o del regime di separazione dei beni (quale risultante ai sensi degli artt. 217-219 c.c.) – restando, invero, essenzialmente legata ad una tutt’altro che sicuramente praticabile interpretazione estensiva del co. 54, laddove consente che “il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in ogni momento nel corso della convivenza”.

5. Quello che qui si intende, piuttosto, evidenziare è come una tale previsione si presenti formulata del tutto inadeguatamente, con ipotizzabili gravi effetti sulla stessa circolazione dei beni. In proposito, non si deve dimenticare come l'operatività del regime di comunione legale risulti imprescindibilmente legata ai meccanismi che ne assicurano adeguatamente la pubblicità: si tratta, infatti, di una complessa disciplina dei patrimoni delle parti immediatamente produttiva di effetti pure nei confronti dei terzi (e si pensi anche solo alla relativa incidenza addirittura sulla validità degli atti di disposizione, nonché alle peculiari regole governanti la responsabilità debitoria). Ad assicurare il bilanciamento degli interessi delle parti e dei terzi risulta finalizzato il coordinato – e, al di là delle mai del tutto sopite perplessità al riguardo, tutto sommato efficiente allo scopo – sistema delle risultanze degli atti dello stato civile (nascita, matrimonio e, ora, unione civile).

Di conseguenza, unanime come mai è stata la critica al legislatore per la scelta concernente il meccanismo escogitato onde soddisfare le esigenze legate alla necessità di rendere opponibile ai terzi l'opzione dei conviventi nel senso della comunione dei beni, con efficacia corrispondente a quella caratterizzante la comunione legale tra i coniugi (e ora anche tra le parti della unione civile). In effetti, qui, “ai fini dell'opponibilità ai terzi”, ci si limita a prevedere, nel co. 52, la trasmissione di copia del contratto “al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7” del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, avente ad oggetto, appunto, l'anagrafe della popolazione residente. Quindi, anche a voler pietosamente tacere sulla erroneità dell'allusione all'art. 5, concernente non la “famiglia anagrafica”, ma le “convivenze anagrafiche” (quelle, cioè, costituite per motivi religiosi, di cura, di pena e simili), l'unico riferimento presente è, insomma, ai meccanismi di raccolta delle informazioni in ordine alla popolazione residente, cui sembra, invero, risultare completamente estranea qualsiasi effettiva funzionalità alla fine indicato. Il tutto aggravato dalla possibilità, ai sensi del co. 54, di modificare il regime patrimoniale “in qualunque momento nel corso della convivenza”, nonché di risolvere il “contratto di convivenza” per accordo delle parti o recesso unilaterale da esso (co. 59-61). Vicende risolutive, queste ultime, per le quali pure è previsto il meccanismo pubblicitario di cui al co. 52, oltre ad altri espedienti ampiamente oggetto – come anche per le altre cause di risoluzione – di perplessità in diverse direzioni (in particolare, con specifico riferimento a quanto previsto – ai sensi dei co. 53, lett. *d*, e 63 – in conseguenza della “morte di uno dei contraenti”, quale riflesso dell'apertura agli avvocati della possibilità di formalizzare la scelta degli interessati).

L'incongrua formulazione accennata pare probabilmente da ricollegare alla utilizzazione, quale punto di partenza, del già ricordato progetto elaborato in sede notarile nel 2011, tendente a veicolare – come confermato, del resto, dai relativi artt. 2 e 3, comportanti, indipendentemente da qualsivoglia previsione pattizia in proposito, rispettivamente, riflessi in materia “attività di impresa” e di “successione nel contratto di locazione dell'al-

loggio”, significativamente ora presi in considerazione nel quadro della disciplina delle conseguenze della situazione di convivenza in quanto tale (co. 46 e 44) – il sorgere di una sorta di *status* personale dei conviventi proprio attraverso la stipulazione di un “patto di convivenza”: comunque, l’operatività del modello ivi ipotizzato, ai fini della opponibilità ai terzi del regime patrimoniale contrattualmente prescelto, era affidata alla programmata istituzione di un “Registro nazionale dei patti di convivenza” (anch’esso, peraltro, di non certo agevole coordinamento sistematico con gli attuali strumenti pubblicitari). E ciò pur non prevedendosi neppure la possibile instaurazione del regime patrimoniale di “comunione legale”, ma solo di una “comunione ordinaria”: regime di comunione ordinaria che, peraltro, non si manca di venire, anche attualmente, ritenuto di possibile adozione da parte dei conviventi, in ogni caso con l’indubbio limite derivante dal carattere inevitabilmente solo interno della sua efficacia.

Vani sono stati i tentativi tendenti ad evidenziare, ancora nel corso dell’*iter* parlamentare del provvedimento, la palese inadeguatezza della scelta in questione, probabilmente tale, oltretutto, da contribuire a spingere gli interessati (e, per loro, i professionisti chiamati a consigliarli), per evitare in futuro l’eventuale insorgenza di problemi – o almeno di non indifferenti complicazioni operative – legati ai rapporti con i terzi, in una direzione decisamente contraria all’esercizio dell’opzione espressamente consentita dal co. 53, lett. *c* (sul cui successo, anche a prescindere dai profili di problematicità qui accennati, c’è in ogni caso ragionevolmente da dubitare, alla luce di quel fenomeno che viene correntemente identificato in termini di “fuga” dalla comunione legale).

A questo punto, in effetti, sembra veramente arduo il superamento delle difficoltà paventate, in mancanza anche solo di una previsione nella forma di una delega, del tipo di quella disposta, in termini volutamente – e, forse, tutto sommato opportunamente – generici dal co. 28, lett. *a*, per le formalità pubblicitarie delle unioni civili: sulla base, insomma, dell’unico inidoneo meccanismo, cui semplicisticamente si affida il co. 52. Resta ipotizzabile, ed auspicabile, un intervento sull’ordinamento dello stato civile, se non altro per assicurare quella omogeneità dei meccanismi pubblicitari relativi ai rapporti patrimoniali familiari, in assenza della quale alle parti (e, per loro, ai professionisti che li assistono) rischiano di essere addossati oneri accertativi, più che di complessa, di stessa realmente efficace operabilità.

Può, in effetti, ragionevolmente dubitarsi che un intervento soddisfacente possa essere qui attuabile attraverso il solo – sia pure spregiudicato e tendente in qualche modo ad ovviare alle carenze del testo legislativo – impiego dello strumento delle circolari ministeriali. Ad ogni buon conto, in vista dell’entrata in vigore della legge n. 76, un intervento ministeriale si è reso necessario ed è stato tentato con la circolare del Ministero dell’Interno n. 7/2016. Con essa ci si è ingegnati – appunto in un’ottica sostanzialmente integrativa della legge – a consentire comunque l’operatività delle nuove previsioni legi-

slative, attraverso l'utilizzazione dei meccanismi disponibili nel d.P.R. n. 223 del 1989: ciò, in particolare, con il ricorso alle registrazioni da effettuarsi nella "scheda di famiglia" e nelle "schede individuali", nonché facendo carico all'"ufficiale di anagrafe" di "assicurare la conservazione agli atti dell'ufficio della copia del contratto" ("trasmessa dal professionista" intervenuto).

Permane, insomma, il dubbio che quanto previsto, utilizzando – allo stato invero inevitabilmente – lo strumentario attualmente a disposizione, possa valere a soddisfare effettivamente le accennate esigenze pubblicitarie, soprattutto in considerazione delle modalità operative caratterizzanti, anche sotto il profilo delle relative vicende, le registrazioni anagrafiche, a fronte della ben diversa e collaudata efficienza del sistema pubblicitario fondato, per il regime patrimoniale della famiglia, sugli atti dello stato civile.

LA VIOLENZA CONTRO LE DONNE COME VIOLAZIONE DEI DIRITTI UMANI. IL RUOLO DEI MOVIMENTI DELLE DONNE E IL *GENDER MAINSTREAMING*

LUCIA RE

Prof.ssa associata Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Una violenza a lungo ignorata. – 2. La tematizzazione della violenza contro le donne da parte delle istituzioni internazionali. – 3. Una violenza «basata sul genere». – 4. L'importanza dei modelli culturali. – 5. I limiti del *gender mainstreaming*.

1. Una violenza a lungo ignorata.

Nel 1979 Giovanni Furguele pubblicò *Libertà e famiglia*, opera dedicata a un'ampia riflessione sui mutamenti intervenuti nel diritto di famiglia italiano con la riforma del 1975¹. L'autore legge la riforma a partire da una interpretazione evolutiva dei principi costituzionali, la quale investe necessariamente la nozione stessa di famiglia. Egli sostiene che «sotto un profilo rigorosamente scientifico può certo ritenersi errata ogni indicazione che sottragga la famiglia al suo essere ed evolversi nella storia e, da un punto di vista puramente giuridico, al suo realizzarsi nell'ambito ed in conformità coll'intero ordinamento nella relatività del suo consistere»². La famiglia deve dunque essere definita sulla base dei mutamenti sociali che l'hanno attraversata. Fra questi Furguele annovera il cambiamento della cultura giuridica e sociale avvenuto nella seconda metà del Novecento anche grazie all'emergere dei movimenti delle donne, sostenendo che l'affermarsi del movimento femminile negli anni Settanta del secolo scorso abbia determinato un «salto di qualità», anche rispetto a pochi anni prima, nella tematizzazione del principio di eguaglianza fra uomini e donne. È infatti grazie a questo movimento che si è aperto un vasto dibattito nel quale: «L'istanza paritaria cessa di essere più o meno astratta, com'è di tutto ciò che per affermarsi motiva in prevalenza sulla base del richiamo, non sempre qualificante, all'elemento naturale. Si fa concreta e operativa: diviene, cioè, luogo privilegiato di revisione critica di assetti sociali. Insiste sulle libertà civili non soltanto per rivendicare il diritto al loro eguale godimento, ma per riflettere su di esse e modificarne il contenuto»³.

Di *Libertà e famiglia* appare significativo richiamare qui anche la citazione posta in epigrafe alla sezione prima, laddove è definito «il problema» che l'opera intende affrontare. Si tratta di un passo del saggio di Alexandre Koyré, *Dal mondo del pressappoco all'universo della precisione*, nel quale si legge: «Non si guarda finché non si sa che c'è qualcosa da vedere e

1. Legge 10 maggio 1975, n.151.

2. G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 68.

3. G. FURGIUELE, cit., p. 10.

soprattutto finché si sa che non c'è nulla da vedere». Questa epigrafe, così come i capitoli iniziali di *Libertà e famiglia*, offrono uno spunto interessante per riflettere sull'attuale inquadramento del tema della violenza contro le donne nel dibattito giuridico e politico italiano e internazionale. È infatti proprio dalla revisione critica della nozione di famiglia operata dai movimenti femministi che è scaturita la denuncia del carattere pervasivo della violenza domestica e di quella sessuale nei confronti delle donne. La violenza contro le donne è un fenomeno antico, radicato in contesti culturali e sociali molto diversi, al quale tuttavia, per secoli, non si è «guardato», convinti, appunto, che non vi fosse «nulla da vedere». Grazie alla riflessione femminista, la famiglia ha cessato di essere un luogo necessariamente pacificato, nascosto dalla pratica epistemica sostantiva della «ignoranza»⁴, dal «velo» che divideva la sfera privata da quella pubblica, e si è rivelata essere per molte donne il luogo privilegiato della oppressione⁵.

Come ha sostenuto Furguele, la rilettura della istituzione familiare alla luce della nuova concezione della libertà personale che si è affermata storicamente alla fine del secolo scorso ha condotto alla valorizzazione della realizzazione personale degli individui – maschi e femmine – che della famiglia fanno parte⁶. Nella famiglia, la cui unità deve interpretarsi come «armonia ed accordo tra persone che liberamente si realizzano nel costituire e mantenere in vita fra loro un rapporto familiare»⁷, la violenza nei confronti delle donne (e dei minori), per secoli accettata, non può più essere tollerata. Ed è proprio sulla base di una idea nuova della libertà femminile che le studiose e le attiviste femministe si sono battute contro i maltrattamenti in famiglia e hanno denunciato come, anche nel rapporto fra i coniugi, possano avvenire atti di violenza non solo fisica, ma anche sessuale, psicologica ed economica⁸. La violenza contro le donne è stata così identificata come un fenomeno

4. Una parte della epistemologia contemporanea ha sottolineato il ruolo fondamentale che l'ignoranza svolge nei processi di conoscenza. Nella costituzione dei saperi è infatti di grande rilevanza l'operazione di tracciare i confini fra ciò che si deve sapere e ciò che si può escludere dagli oggetti di conoscenza. Come ha scritto Brunella Casalini, il privilegio di cui godono coloro che hanno potere deriva non tanto dalla loro conoscenza – come di consueto siamo soliti pensare –, ma dal loro poter ignorare una parte della realtà, cfr. B. CASALINI, *Politics, Justice and the Vulnerable Subject: The Contribution of Feminist Thought*, in *Género e direito*, 2016, V, 3, pp. 15-29, in particolare p. 17. Sul tema, della stessa autrice, cfr. B. CASALINI, *Ingiustizia epistemica: note su un dibattito di teoria politica*, in A. SIMONE e F. ZAPPINO (a cura di), *Fare giustizia. Neoliberalismo, disuguaglianze sociali e desideri di buona vita*, Milano, Mimesis, 2016, pp. 129-141.

5. Sul tema si veda ad esempio il saggio ormai classico di A. RICH, *Of Woman Born. Motherhood as Experience and Institution*, Norton, New York, 1976.

6. G. FURGUELE, *Libertà e famiglia*, cit., in particolare pp. 83-86.

7. G. FURGUELE, cit., p. 87.

8. Per una sintetica definizione di questi diversi tipi di violenza e per gli atti riconducibili a queste diverse fenomenologie si può consultare il sito dell'Associazione Di.re – Donne in rete contro la violenza – cui aderiscono la maggior parte dei Centri antiviolenza italiani: <http://www.direcontrolaviolenza.it/cose-la-violenza-contro-le-donne/>; per la definizione normativa il principale riferimento nell'area europea è la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul), cfr. in particolare art. 3.

strutturale e universale, legato a una organizzazione della società nella quale uomini e donne sono immersi in una rete di relazioni di potere diseguali.

Solo qualche anno prima della pubblicazione di *Libertà e famiglia*, nel 1975, Susan Brownmiller aveva pubblicato negli Stati Uniti un'opera destinata a suscitare un acceso dibattito – *Against Our Will. Men, Women and Rape*⁹ – nella quale sosteneva che lo stupro, o meglio, la permanente minaccia di stupro – il fatto cioè che la violenza sessuale possa sempre colpire le donne – è stata storicamente una delle principali armi impiegate per assoggettare e controllare il genere femminile. Lo stupro non doveva dunque essere interpretato come l'espressione isolata di una devianza individuale, né, tanto meno, essere collegato alla incapacità di alcuni uomini di frenare le proprie pulsioni sessuali. Esso era un atto di aggressione radicale, usato consapevolmente con lo scopo di soggiogare le donne che ne erano vittime, di disintegrarle come esseri umani. Questa analisi è stata ripresa pochi anni più tardi, tra le altre, dalla filosofa del diritto Catharine MacKinnon, una delle voci più importanti del femminismo radicale statunitense. Quest'ultima, approfondendo l'analisi di Brownmiller e osservando le innumerevoli violazioni che hanno come bersaglio il corpo e la libertà sessuale delle donne in tutto il mondo, è giunta a definire la violenza sessuale come il «genocidio quotidiano delle donne», un genocidio largamente misconosciuto¹⁰.

2. La tematizzazione della violenza contro le donne da parte delle istituzioni internazionali.

Negli stessi anni in cui si sviluppava la riflessione teorica femminista sulla violenza contro le donne il problema delle discriminazioni legate al genere iniziava a essere preso in considerazione dalle istituzioni internazionali. Nel 1979 fu adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite la Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (CEDAW), nella quale tuttavia il riferimento alla violenza è marginale. Furono le successive Raccomandazioni del Comitato sulla eliminazione della discriminazione contro le donne (Comitato CEDAW) a mettere più chiaramente a tema il problema della tutela delle donne dalla violenza. Nel 1989 il Comitato stilò la Raccomandazione generale n. 12, nella quale invitava gli Stati a includere nei Rapporti periodici, richiesti dalla Convenzione come strumento di monitoraggio dell'attuazione delle garanzie in essa previste, le informazioni sulle leggi e le misure introdotte a livello nazionale per tutelare le donne da ogni forma di violenza nella vita quotidiana e per fornire loro

9. S. BROWNMILLER, *Against Our Will. Men, Women and Rape*, Simon & Schuster, New York, 1975.

10. Cfr. C.A. MACKINNON, *La sessualità del genocidio*, in EAD., *Le donne sono umane?*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 94-124 e C.A. MACKINNON, *L'11 settembre delle donne. Ripensare il diritto internazionale del conflitto*, in EAD., cit., pp. 125-149. Sul carattere ordinario dello stupro cfr. C.A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge (Ma.), 1989, capitoli 7 e 9.

assistenza e servizi¹¹. Si dovette tuttavia attendere la Raccomandazione generale n. 19 del 1992 per vedere chiaramente includere la violenza contro le donne fra le forme di discriminazione. Tale Raccomandazione rappresenta un punto di svolta del diritto internazionale in materia di violenza contro le donne, poiché definisce un obbligo di «due diligence» da parte degli Stati, stabilendo che, nel caso in cui siano accertate omissioni da parte delle autorità nelle risposte date ai casi concreti di violenza e, in generale, nel sistema di prevenzione e protezione predisposto, gli Stati contraenti sono responsabili per gli atti di violenza commessi da soggetti non statali¹². L'anno successivo all'adozione di questa importante Raccomandazione si tenne a Vienna la Conferenza delle Nazioni Unite dalla quale scaturì l'impegno per la sottoscrizione di una Dichiarazione sulla eliminazione della violenza contro le donne e per l'istituzione di una Relatrice speciale in materia.

La Dichiarazione per l'eliminazione di ogni forma di violenza nei confronti delle donne (DEVAW) fu adottata il 19 dicembre del 1993 con la Risoluzione n. 48/104 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite. In essa si ritrovano molti dei principali elementi che sarebbero poi stati ripresi dalle Convenzioni regionali in materia, prima fra tutte la Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza nei confronti delle donne, adottata nel 1994 (c.d. Convenzione di Belém do Pará). In particolare, è nella DEVAW del 1993 che si trova per la prima volta una definizione ampia e dettagliata della violenza contro le donne, come comprensiva di «any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life» (art. 1)¹³.

La Dichiarazione inquadra la violenza contro le donne come una violazione dei diritti e delle libertà fondamentali e un ostacolo al godimento di questi stessi diritti e la collega ad altre forme di discriminazione contro le donne, considerandola, in linea con gli esiti della riflessione femminista, come una manifestazione delle relazioni di potere asimmetriche fra i generi¹⁴. Questo approccio inclusivo e sistematico alla violenza contro le donne è stato ripreso anche nel corso della IV Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sui diritti delle donne, tenutasi a Pechino nel 1995, che è considerata come una tappa fondamentale per il riconoscimento internazionale dei cosiddetti «diritti umani delle donne». Qui per la prima volta, al livello delle Nazioni Unite, la violenza contro le donne è stata strettamente collegata alle politiche volte a ottenere l'eguaglianza fra uomini e donne in tutte le sfere,

11. Cfr. sul punto M. VIRGILIO, *La violenza contro le donne come forma di discriminazione*, in F. RESCIGNO (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 124.

12. Sulla «due diligence» in materia di violenza contro le donne cfr. I. BOIANO, *Femminismo e processo penale*, Ediesse, Roma, 2015, pp. 113-116; più in generale sugli obblighi degli Stati anche sulla base della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU), cfr. I. BOIANO, cit., capitolo 4.

13. Per il testo della DEVAW cfr. <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm>

14. Per un'analisi cfr. M. VIRGILIO, *La violenza contro le donne come forma di discriminazione*, cit., pp. 124-125.

ossia a quello che da Pechino in poi sarebbe stato definito il *gender mainstreaming*¹⁵. Questa impostazione orienta in modo chiaro anche la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul) aperta alla firma l'11 maggio del 2011 ed entrata in vigore il primo agosto 2014, nonché le diverse Raccomandazioni del Consiglio d'Europa che l'hanno preceduta¹⁶.

Il Rapporto esplicativo della Convenzione di Istanbul al punto 25 afferma che, per perseguire l'obiettivo di creare un'Europa libera dalla violenza contro le donne, il Preambolo della Convenzione: «(...) firmly establishes the link between achieving gender equality and the eradication of violence against women. Based on this premise, it recognises the structural nature of violence against women and that it is a manifestation of the historically unequal power relations between women and men. Consequently, the Preamble sets the scene for a variety of measures contained in the Convention that frame the eradication of violence against women within the wider context of combating discrimination against women and achieving gender equality in law and in fact. (...). At the same time the drafters wished to acknowledge that violence against women and domestic violence may be explained and understood in various manners at structural, group and individual levels. Violence against women and domestic violence are complex phenomena and it is necessary to use a variety of approaches in combination with each other in order to understand them»¹⁷.

La Convenzione di Istanbul richiama esplicitamente la normativa internazionale in materia di diritti umani. In primo luogo quella elaborata nell'ambito del Consiglio d'Europa: la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU), la Carta Sociale europea del 1961 (rivista nel 1996), la Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta degli esseri umani del 2005 e la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dall'abuso sessuale del 2007. Importante è anche il riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di violenza contro le donne. La Convenzione di Istanbul richiama inoltre i due Patti internazionali adottati in ambito ONU che, insieme alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, sono considerati come il fon-

15. Nella Piattaforma per l'azione adottata a Pechino, al punto 202, si stabilisce in particolare che «Governments and other actors should promote an active and visible policy of mainstreaming a gender perspective in all policies and programmes so that, before decisions are taken, an analysis is made of the effects on women and men, respectively».

16. Per un'analisi dettagliata del lessico e del «framing discorsivo» di tali Raccomandazioni dal 2000 al 2009, cfr. C. BERTOLO, *Frame e rappresentazioni nella narrazione istituzionale europea*, in EAD., *La rappresentazione della violenza contro le donne dall'Europa all'Italia*, Coop. Libreria Editrice Università di Padova, Padova, 2011, pp. 35-103.

17. COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, <https://rm.coe.int/16800d383a>

damento della normativa internazionale in tema di diritti umani: il Patto sui diritti civili e politici (1966) e quello sui diritti economici, sociali e culturali (1966). La Convenzione di Istanbul fa quindi riferimento ai principi fondamentali del diritto umanitario, alla IV Convenzione di Ginevra sulla protezione dei civili in tempo di guerra (1949), con i due Protocolli addizionali del 1977, e allo Statuto della Corte penale internazionale (2002).

Come si è accennato, il percorso che ha condotto al riconoscimento della violenza contro le donne come grave violazione dei diritti umani comprende inoltre, come tappe che più direttamente hanno contribuito a giungere alla elaborazione della Convenzione di Istanbul, l'adozione della Convenzione Onu sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne nel 1979 (CEDAW) e il suo protocollo opzionale del 1999, il quale regola i rapporti fra gli Stati e il Comitato CEDAW. Infine, non sono da trascurare i richiami alla Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 e alla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità del 2006.

La cornice di riferimento per il contrasto alla violenza contro le donne in ambito internazionale è dunque quella della tutela dei diritti umani, una cornice che ha a lungo ignorato le differenze di genere e che è invece stata chiamata progressivamente a riconoscerle, sia a livello internazionale che a livello regionale. A quest'ultimo livello, alla Convenzione di Istanbul si affiancano la già citata Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza nei confronti delle donne, e il Protocollo alla Carta africana dei diritti umani e dei popoli sui diritti delle donne in Africa, noto come Protocollo di Maputo, adottato nel 2003.

Le agenzie internazionali hanno dunque tradotto, progressivamente, in standard, piani d'azione e norme giuridiche cogenti gli esiti della riflessione femminista sulla violenza contro le donne, definendo tale violenza come un fenomeno complesso, legato a una lunga storia di subordinazione delle donne, una storia che ancora produce effetti fortemente discriminatori.

Nei diversi consessi internazionali cui si è accennato, del resto, la voce dei movimenti delle donne, in particolare di quelli sudamericani, si è fatta sentire con forza. L'inserimento nell'agenda internazionale della questione della violenza contro le donne è avvenuto secondo un approccio *bottom-up*, ponendo l'accento sul carattere trasversale del fenomeno, il quale si manifesta nella sfera domestica, nei luoghi di lavoro, nella società più ampia e può essere perpetrato o tollerato da agenti statali, sia in tempo di pace che in tempo di guerra¹⁸.

La storia della lotta alla violenza contro le donne è dunque anche una storia di lotta per i diritti agita da un soggetto plurale: il movimento (i movimenti) delle donne. La violenza contro le donne è emersa come problema quando le donne sono state in grado

18. Cfr. ad esempio sul punto l'art. 3 della DEVAW e la Beijing Platform for Action, in particolare la sezione dedicata alla diagnosi del fenomeno della violenza contro le donne (D).

di esercitare i loro diritti di cittadinanza e di fare così emergere le loro istanze, per secoli sepolte da una lunga storia di sofferenze individuali, di *habitus* di accettazione e sottomissione¹⁹, di rare ribellioni individuali²⁰.

3. Una violenza «basata sul genere».

Benché i documenti e la normativa internazionale in materia di violenza contro le donne siano fondati sull'analisi della storia di subordinazione del genere femminile a quello maschile nei diversi contesti sociali, si deve segnalare come nel linguaggio dei diritti umani e nelle campagne istituzionali in materia, nel corso degli anni Duemila, si sia progressivamente affermata una «neutralizzazione» del lessico con cui ci si riferisce alla violenza contro le donne. Si è infatti passati dalla preminenza della locuzione «violenza contro le donne» al riferimento alla «violenza di genere». In realtà, con quest'ultima espressione sono sovente tradotte in italiano due diverse espressioni inglesi: «gender violence» – usata non con particolare frequenza, soprattutto nella letteratura sociologica, per indicare il fatto che la violenza è legata agli stereotipi, ai ruoli che la società attribuisce a uomini e donne – e «gender based violence», che è invece l'espressione utilizzata in alcune norme internazionali. In particolare, quest'ultima locuzione si ritrova nella Convenzione di Istanbul per indicare il fatto che la violenza che la Convenzione ha l'obiettivo di prevenire e perseguire è appunto «basata sul genere». Mentre l'espressione «violenza contro le donne» mette in evidenza il fatto che le vittime sono donne, la locuzione «gender based violence» appare più precisa nell'indicare come la vittimizzazione avvenga sulla base – a causa – del genere. Al contempo, questa espressione apre alla possibilità di considerare vittime della violenza non soltanto le donne, ma anche gli uomini (e, per entrambi i generi, i minori). Essa appare inoltre più adatta per riferirsi anche alla violenza omo e transfobica.

Come precisa lo European Institute for Gender Equality²¹: «“Gender-based violence” and “violence against women” are terms that are often used interchangeably as most gender-based violence is inflicted by men on women and girls. However, it is important to retain the “gender-based” aspect of the concept as this highlights the fact that violence against women is an expression of power inequalities between women and men».

19. Sulla nozione di *habitus* teorizzata da Pierre Bourdieu tornerò più avanti, cfr. *infra*, § 3.

20. In Italia fondamentale importanza ebbe proprio il coraggio di una ragazza, Franca Viola, che, nel 1967, rifiutò di sposare il suo stupratore, facendolo arrestare. Il suo atto, invece di rimanere la ribellione di una singola donna a un sistema oppressivo di potere e di violenza, inaugurò un dibattito nazionale sulla violenza contro le donne configurandosi come la prima tappa di un lungo percorso verso il cambiamento della mentalità e delle leggi italiane in materia.

21. L'EIGE è l'Agenzia della Unione europea che si occupa di promuovere l'eguaglianza di genere, incluso il *gender mainstreaming* in tutte le politiche della Unione Europea e nelle politiche nazionali che da queste derivano, di combattere la discriminazione basata sul sesso, nonché di promuovere la consapevolezza dei cittadini europei circa l'eguaglianza di genere, cfr. <http://eige.europa.eu/about-eige>

La Convenzione di Istanbul distingue chiaramente questi diversi aspetti, utilizzando l'espressione «gender based violence against women». All'art 3, lettera d, afferma infatti che: «“gender-based violence against women” shall mean violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately»²².

I dati statistici dimostrano infatti che, a livello mondiale, la violenza fisica, psicologica, sessuale ed economica basata sul genere è in larghissima prevalenza usata da uomini contro donne, ragazze e bambine²³. Per questo alcune teoriche femministe, ma anche alcune operatrici che si occupano di violenza contro le donne, invitano a preferire, ove ci si riferisca a questo tipo di violenza come fenomeno sociale, l'espressione «violenza maschile contro le donne» e alcune aggiungono «violenza maschile eterosessuale contro le donne». La precisazione nasce dalla esigenza di sottolineare come la violenza contro le donne non sia una delle tante manifestazioni possibili della violenza individuale, ma – come appunto la Convenzione di Istanbul sottolinea – essa sia radicata in un'asimmetria di potere, la quale si ripercuote anche nella sfera più intima delle relazioni sessuali e di quelle familiari.

Non è un caso che le prime forme di violenza contro le donne che sono state portate all'attenzione del discorso pubblico – ed è bene sottolineare che ciò è avvenuto molto tardi nella storia umana – siano state le violenze sessuali (in particolare lo stupro) e la violenza domestica (violenza in famiglia), violenze che, a quel tempo ma in gran parte ancora oggi – anche se in modo in parte nuovo – sono legate allo *status* della donna come «proprietà» dell'uomo (o meglio degli uomini) all'interno di relazioni che potremmo definire «patriarcali», cioè inerenti a un sistema di organizzazione della società fondato sulla inferiorizzazione sistematica delle donne²⁴. È quello che il sociologo Pierre Bourdieu ha

22. Per comprendere l'approccio integrato e particolarmente avanzato della Convenzione, si possono leggere, oltre all'art. 3 che si occupa della definizione della violenza contro le donne, tutti gli articoli che ne compongono il primo capitolo, dedicato a «Scopi, definizioni, eguaglianza e non discriminazione, obblighi generali».

23. Cfr. sul punto il Rapporto esplicativo alla Convenzione di Istanbul (COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit.). Per l'Italia l'ultima indagine in materia è stata condotta dall'Istat nel 2014 ed è stata pubblicata nel 2015. Ne emerge un quadro di violenza diffusa nei confronti delle donne. Secondo l'indagine, svolta con interviste a campione, in Italia «6 milioni 788 mila donne hanno subito nel corso della propria vita una qualche forma di violenza fisica o sessuale, il 31,5% delle donne tra i 16 e i 70 anni: il 20,2% ha subito violenza fisica, il 21% violenza sessuale, il 5,4% forme più gravi di violenza sessuale come stupri e tentati stupri. Sono 652 mila le donne che hanno subito stupri e 746 mila le vittime di tentati stupri» (ISTAT, *La violenza contro le donne dentro e fuori la famiglia. Anno 2014*, Roma, 5 giugno 2015, http://www.istat.it/it/files/2015/06/Violenze_contro_le_donne.pdf, p. 1). La violenza è agita soprattutto da partners ed ex partners, anche su minori (il 10,6% delle donne ha subito violenze sessuali prima dei 16 anni), cfr. ISTAT, cit. L'indagine italiana coincide – per la quantità e la qualità della violenza subita dalle donne – con i dati raccolti in altri paesi della Unione Europea. Si vedano i dati elaborati dalle diverse agenzie amministrative nazionali, accessibili dal sito dell'EIGE (cfr. [http://eige.europa.eu/gender-based-violence/administrative-data-sources/search?c\[\]=IT&type\[\]=administrative_data_source](http://eige.europa.eu/gender-based-violence/administrative-data-sources/search?c[]=IT&type[]=administrative_data_source)). Oltre ai dati Istat, per l'Italia si possono vedere i dati pubblicati dai Centri antiviolenza (cfr. <http://www.direcontrolaviolenza.it/dati/>).

24. Per un'analisi della nozione di patriarcato e della sua attualità cfr. D. MORONDO TARAMUNDI, *Emancipazione e libertà femminile nel tempo del post-femminismo*, in O. GIOLO e L. RE (a cura di), *La soggettività politica delle donne*.

definito il «dominio maschile», basato non solo su meccanismi di scoperta oppressione e/o discriminazione, ma anche su un inconscio collettivo profondamente androcentrico²⁵. La violenza fisica, sessuale, psicologica ed economica contro le donne è resa possibile, secondo questa analisi, dalla onnipresenza nella società di una «violenza simbolica» esercitata nei confronti delle donne, una violenza meno visibile che è interiorizzata e in gran parte accettata dalle donne stesse come un *habitus*.

Gli *habitus* sono nella sociologia di Bourdieu dei modelli inconsci che funzionano come «matrici delle percezioni, dei pensieri e delle azioni di tutti i membri della società»²⁶. Essi si impongono ai singoli attori sociali come schemi trascendenti, obiettivi, naturalizzati²⁷. Nel caso del «dominio maschile», che per Bourdieu si esercita in primo luogo attraverso la divisione del lavoro produttivo e riproduttivo fra i generi, le donne stesse «incorporano» la relazione di dominio, riproducendo un ordine simbolico che è fondato su un pregiudizio per loro sfavorevole e contribuendo così ad alimentare quella violenza simbolica di cui sono esse stesse vittime. Come ha chiarito Franca Bimbi, nell'epoca contemporanea, segnata dal discorso moderno sui diritti universali e dalle politiche delle pari opportunità, tale violenza «sta tra ciò a cui consentiamo senza accorgercene e ciò da cui intimamente dissentiamo senza poterlo rappresentare»²⁸. La violenza fisica, sessuale, psicologica ed economica contro le donne si basa, cioè, su un sostrato, che ne consente la normalizzazione e/o la minimizzazione.

Si potrebbe obiettare che non è più così e che i documenti internazionali più volte richiamati e le numerose campagne istituzionali in materia siano la dimostrazione che vi è stato un «progresso». E tuttavia, i dati sui reati di violenza denunciati e sui femminicidi²⁹ chiaramente

Appunti per un lessico critico, Aracne, Roma, 2014, pp. 29-50 e P. PERSANO, *Patriarcato in-essenziale e soggettività nella teoria critica femminista*, in O. GIOLO e L. RE (a cura di), cit., pp. 105-122. Sulla donna come oggetto di scambio e proprietà degli uomini all'interno delle relazioni familiari tradizionali vi è un'ampia letteratura, a partire dalla nota analisi di Claude Lévi-Strauss in *Les structures élémentaires de la parenté*, Puf, Paris, 1949. Su come si sono modificati oggi questi «scambi», cfr. F. BIMBI, *Corpi, genere, violenza sulle donne*, in F. BIMBI e A. BASAGLIA (a cura di), *Violenza contro le donne. Formazione di genere e migrazioni globalizzate*, Guerini e Associati, Milano, 2010, pp. 21-33, in particolare pp. 31-32.

25. Cfr. P. Bourdieu, *La domination masculine*, Seuil, Paris, 1998.

26. P. Bourdieu, cit., p. 39. Traduzione mia.

27. P. Bourdieu, cit., p. 39.

28. F. BIMBI, *Corpi, genere, violenza sulle donne*, cit., p. 33.

29. Cfr. *supra*, nota 23. L'indagine Istat del 2014 ha rilevato come, dal 2006 al 2014, vi sia stato un lieve calo delle violenze di minore entità, mentre siano aumentate quelle più gravi. In Italia il numero dei femminicidi – neologismo con il quale si indica l'uccisione di una donna motivata dal suo appartenere al genere femminile – è particolarmente alto. Nel 2016 le donne uccise – per motivi legati alla violenza di genere e alla violenza domestica – sono state 120 e nei primi quattro mesi del 2017 si sono già registrati 20 femminicidi (cfr. E. DI BATTISTA (a cura di), *Violenza sulle donne. La strage continua*, Ansa, 2 maggio 2017, http://www.ansa.it/sito/notizie/speciali/editoriali/2016/11/24/giornata-mondiale-2016-contro-la-violenza-sulle-donne_f012b86f-ec6b-44d6-964d-e030b123360.html). Si tratta di una percentuale consistente del totale degli omicidi registrati nel paese (questi sono stati 396 nel 2016), i quali peraltro sono da anni in calo, mentre i femminicidi sono in lieve aumento. Per i

mostrano come il mutamento degli *habitus* sia difficile, richieda tempo. Ma, più banalmente, basta guardarsi intorno per scorgere nel linguaggio, nella comunicazione sociale, visiva e linguistica, le tracce di questo inconscio collettivo. Si pensi alla polemica che ha giustamente suscitato, di recente, il noto *talent show* italiano «Amici», una delle trasmissioni televisive più seguite dagli adolescenti. In una puntata andata in onda nell'aprile del 2017, la famosa cantante Emma Marrone è stata ripetutamente molestata da un ballerino, per uno scherzo ideato dagli autori del programma con l'intento di augurare a Emma il "bentornata" come direttrice artistica di una delle squadre in gara³⁰. E tutto ciò mentre nelle piazze italiane da mesi, al grido di «Non una di meno!», i movimenti delle donne manifestavano contro la violenza, dando vita a una grande alleanza che è scaturita proprio dalla indignazione per la diffusione della violenza contro le donne nel nostro paese e per i frequenti femminicidi³¹.

Viviamo dunque in un'epoca attraversata da contraddizioni evidenti, nella quale, tuttavia, il processo di liberazione delle donne dalla oppressione patriarcale non sembra essersi concluso³². Alcune autrici hanno persino parlato di un *backlash*, sia nel senso di una volontà di tornare indietro rispetto alle conquiste ottenute dal femminismo³³, sia nel senso vero e proprio di un contraccolpo, causato dalla crisi dei modelli tradizionali, che favorirebbe l'esplosione della violenza, in particolare di quella più grave³⁴.

dati sul progressivo calo degli omicidi cfr. M. BARBAGLI e A. MINELLO, *L'inarrestabile declino degli omicidi*, in *La voce.info*, <http://www.lavoce.info/archives/46798/linarrestabile-declino-degli-omicidi/>. Cfr. anche i dati periodicamente pubblicati dall'Istat sul suo sito (www.istat.it) e nei Rapporti annuali, cfr., ad esempio, ISTAT, *Il benessere equo e sostenibile in Italia*, Istat, Roma, 2016, capitolo 7. Per i femminicidi non sono disponibili dati ufficiali, ma soltanto quelli raccolti da Centri antiviolenza e agenzie di stampa che vagliano le storie delle donne uccise, pubblicate sui mezzi di comunicazione locali e nazionali o raccolte dai centri stessi, per valutare se si tratta di uccisioni basate sul genere (cfr. ad esempio il sito <http://www.inquantodonna.it/>).

30. La trasmissione è stata criticata dai principali quotidiani italiani, cfr., ad esempio l'articolo di Nadia Somma, *Amici di Maria, Le violenze sessuali non sono uno scherzo*, in *Il fatto quotidiano*, 26 aprile 2017 (<http://www.ilfattoquotidiano.it/2017/04/26/amici-di-maria-le-molestie-sessuali-non-sono-uno-scherzo/3544292/>); di Luca Zanini, *Lo "scherzo" a sfondo sessuale e quelle molestie che non possiamo più tollerare*, in *Il corriere della sera*, 28 aprile 2017 (http://27esimaora.corriere.it/17_aprile_28/emma-scherzo-sfondo-sessuale-quelle-molestie-che-non-possiamo-piu-tollerare-1aa1b78e-2c25-11e7-a45f-5318c0275c1e.shtml). Il fatto è stato inoltre commentato da testate internazionali come *The Independent* (<http://www.independent.co.uk/news/world/europe/italy-woman-groped-tv-live-despite-telling-stop-amici-di-maria-de-filippi-emma-marrone-a7708336.html?cmpid=facebook-post>).

31. Cfr. il sito del movimento Nonunadimeno: <https://nonunadimeno.wordpress.com/>

32. Contrariamente a quanto avevano sostenuto alcune importanti femministe italiane (cfr. LIBRERIA DELLE DONNE DI MILANO, *È accaduto non per caso*, in *Sottosopra rosso*, gennaio 1996) non abbiamo assistito alla fine del patriarcato ma a una sua riproposizione in forme nuove, in un'era che è stata perciò definita di neopatriarcato o postpatriarcato e nella quale alcune istanze del femminismo sembrano essere state accolte, altre sono state «addomesticate» (cfr. sul punto la *Special Call for Papers* promossa dalla rivista *Soft Power* per il numero di dicembre 2017), altre ancora rimangono sostanzialmente inascoltate.

33. Cfr. S. FALUDI, *Backlash. The Undeclared War Against American Women*, Crown Publishing Group, New York, 1991.

34. Per un'analisi di questo tipo cfr. T. PITCH, *Qualche riflessione attorno alla violenza maschile contro le donne*, in

4. L'importanza dei modelli culturali.

Il «dominio maschile», certo, non è sempre uguale a se stesso ed è stato fortemente sfidato a partire dalla seconda metà del Novecento dalle istanze femministe, ma si è trasformato e «riadattato» al mutare dei costumi e della organizzazione sociale³⁵. Come hanno sostenuto molte studiose e molti studiosi, la violenza contro le donne sta ai fondamenti stessi di molte «civiltà», a partire da quella che è definita la «civiltà occidentale». Si pensi al mito fondativo di Roma, basato sul ratto delle Sabine, un rapimento e uno stupro di massa, «riparato» attraverso una serie di matrimoni forzati, consentendo così la nascita della «stirpe romana». Si tratta di un mito nel quale, come ha sottolineato Annarita Angelini, le vittime sono trattate da colpevoli, poiché hanno sedotto i Romani con la loro bellezza. Esse interiorizzano la colpa, offrendosi in olocausto pur di evitare la guerra fra i padri sabini e i mariti romani³⁶. Molti altri esempi si potrebbero fare, dalle fiabe misogine che ancora leggiamo alle nostre figlie, al repertorio operistico, ricco di esempi di femminicidio³⁷. Molto infine si potrebbe dire della convinzione ancora diffusa che l'amore implichi necessariamente complementarietà o che si identifichi con il possesso dell'amato e dell'amata, e della conseguente difficoltà che molti uomini hanno ad accettare pienamente l'emancipazione femminile e, in particolare, l'autonomia emotiva delle donne³⁸.

La violenza contro le donne, come il sistema patriarcale, è dunque un fenomeno universale, persistente, che tuttavia prende diverse forme nello spazio e nel tempo: diverse sono le manifestazioni della violenza e diversa è la percezione del fenomeno, sia collettiva che individuale (delle vittime e degli autori). Per questo, in tutti i documenti internazionali in materia di violenza contro le donne si insiste sulla necessità di modificare i modelli culturali e sociali di comportamento che favoriscono il diffondersi della violenza contro le donne, modelli che, secondo l'intuizione di Bourdieu, sono seguiti tanto da uomini, quanto da donne³⁹.

Studi sulla questione criminale. Nuova serie di Dei delitti e delle pene, 2008, III, 2, pp. 7-13. Come detto, il fatto che, almeno in Italia, la violenza contro le donne nelle sue forme più gravi non diminuisca è stato registrato dall'indagine Istat, cfr. *supra*, nota 23.

35. Cfr. O. GIOLO, *Conclusioni. Il patriarcato adattivo e la soggettività politica delle donne*, in O. GIOLO e L. RE (a cura di), *La soggettività politica delle donne*, cit., pp. 203-219.

36. Angelini si riferisce in particolare ad *Ab Urbe condita* di Tito Livio e alla vita di Romolo narrata da Plutarco (cfr. A. ANGELINI, *Eva, le Sabine, Fiorella e le altre: un problema di (in)civiltà*, in V. BABINI (a cura di), *Lasciatele vivere. Voci sulla violenza contro le donne*, Pendragon, Bologna, 2017, pp. 11-22).

37. Cfr. il saggio ormai classico di C. CLÉMENT, *L'Opéra ou la Défaite des femmes*, Grasset, Paris, 1979.

38. Su questa riflessione, cui qui si può solo accennare, ma che appare centrale per individuare strategie culturali ed educative in grado di sconfinare la violenza contro le donne, rimando al pensiero di due teoriche del femminismo italiano, Lea Melandri, in particolare in *Amore e violenza. Il fattore molesto della civiltà*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011 ed Elena Pulcini, in particolare ne *Il potere di unire. Femminile, desiderio, cura*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

39. Cfr. ad esempio art. 8 della Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza nei confronti delle donne.

5. I limiti del *gender mainstreaming*.

Inquadrare la violenza contro le donne nella cornice dei diritti umani e, al contempo, isolarla da altre forme di violenza per le quali non si prevede una declinazione in chiave di genere appare dunque un passo importante. Dall'adozione dei documenti internazionali sono infatti discese alcune significative conseguenze, sia per quanto concerne l'adozione di politiche di contrasto alla violenza contro le donne nei diversi Stati che hanno ratificato le Convenzioni internazionali in materia – e per quanto ci riguarda anche da parte della Unione europea⁴⁰ – sia per quanto concerne il dibattito pubblico, l'attenzione mediatica e la sensibilità sociale relativa a un fenomeno ignorato – o meglio accettato – per lunghissimo tempo. E tuttavia, questa cornice pone anche alcuni problemi cui vale la pena accennare.

Il primo problema si pone per tutte le politiche di *gender mainstreaming*. Queste sono uno strumento molto significativo per la tutela dei diritti delle donne e per il riequilibrio dei rapporti fra i generi. Tuttavia, se non sono costantemente ri-generate da politiche e strategie «dal basso», rischiano di essere, da un lato, troppo generiche – aprendo dunque alla possibilità di aggiustamenti, adeguamenti al ribasso ecc. da parte delle autorità nazionali – e, dall'altro lato, portatrici di un universalismo etnocentrico tipico di quello che è stato chiamato «femminismo bianco» o «femminismo delle élites», che tralascia e in alcuni casi stigmatizza il punto di vista delle donne non occidentali e non di classe media⁴¹. Perché i diritti siano effettivi, è necessario che la progettazione e la implementazione delle politiche di *gender mainstreaming*, comprese quelle contro la violenza, sia affidata in via prioritaria alle comunità, ai gruppi della c.d. società civile⁴², prevalentemente a quelli formati e gestiti dalle donne⁴³. E ciò vale ancora di più in quei luoghi o presso quelle comunità che non considerano lo Stato un attore legittimato a intervenire, perché avvertito distan-

40. Cfr. in particolare la direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

41. Questa critica è stata mossa da autrici che sono identificate con il cosiddetto «femminismo postcoloniale», cfr. in particolare C. T. MOHANTY, *Under Western Eyes. Feminist Scholarship and Colonial Discourses*, in *Boundary 2*, 1988, XII, 3, pp. 333-358. Sul tema si veda anche F. BIMBI, *Prefazione*, in C. BERTOLO, *La rappresentazione della violenza contro le donne*, cit., pp. 9-10.

42. Cfr. M. VERLOO, *Multiple Meanings of Gender Equality. A Critical Frame Analysis of Gender Policies in Europe*, Central European University Press, Budapest-New York, 2007. Per una rassegna delle principali posizioni critiche in materia di *gender mainstreaming* cfr. M. CATTARULLA, *How to Mainstream Gender?*, in *Jura gentium*, 2016, XIII, 2, pp. 86-119.

43. Questo è avvenuto ad esempio in Italia con la creazione dei Centri antiviolenza e con il loro impegno sia nei confronti delle vittime di violenza di genere, che nei confronti della sensibilizzazione delle istituzioni e della società più in generale sui temi della violenza contro le donne, del sessismo e delle discriminazioni di genere. Sul punto cfr. G. CREAZZO, *La costruzione sociale della violenza contro le donne in Italia*, in *Studi sulla questione criminale. Nuova serie di Dei delitti e delle pene*, 2008, III, 2, pp. 15-42; S. ZACCARIA, *La risposta alla violenza di genere: la casa delle donne per non subire violenza*, in F. RESCIGNO (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, cit., pp. 155-166 e I. BOIANO, *Femminismo e processo penale*, cit.

te, quando non addirittura sentito come un soggetto colonizzatore, ostile o implicato in diverse forme di violenza contro le donne⁴⁴.

Un secondo problema, connesso al primo, riguarda il rischio che le politiche di attuazione del *gender mainstreaming* in tema di violenza contro le donne che, almeno apparentemente, costano meno e che si prestano a essere invece interpretate come «reazioni forti» degli Stati, siano le politiche penali e, in subordine, le politiche di sicurezza urbana⁴⁵. Nonostante la complessità della definizione della violenza contro le donne in ambito internazionale, avviene spesso che le politiche prevalenti, se non le uniche, adottate a livello statale finiscano per ricondurre la violenza a un fenomeno criminale. Ne discendono problemi significativi, sia di attuazione di una prevenzione efficace della violenza contro le donne – che, come si desume chiaramente dall'impostazione scelta dalla Convenzione di Istanbul, può realizzarsi solo privilegiando la prevenzione primaria, con interventi di tipo educativo e sociale⁴⁶ – sia di riconduzione del fenomeno al paradigma della devianza, per il quale la violenza contro le donne è ridotta ai singoli atti di violenza e l'attenzione si concentra sulle caratteristiche del reo e su quelle della vittima. In questo quadro, come ha sottolineato a più riprese Franca Bimbi, la violenza contro le donne viene interpretata come il frutto di una patologia individuale dell'autore della violenza (quando non – almeno anche – della vittima), oppure come l'espressione di culture arretrate, incapaci di rispettare le donne (si pensi al tema dei cosiddetti «honour crimes» o dei matrimoni forzati)⁴⁷. La violenza contro le donne è così ricondotta a precise responsabilità personali, secondo la logica del processo penale, oppure ai costumi considerati «barbari» di comunità «straniere». A sua volta, la vittima viene isolata dal gruppo più ampio delle donne – tutte largamente e trasversalmente interessate dal fenomeno della violenza di genere, come i dati statistici dimostrano con riferimento a diversi paesi –, spesso ne vengono studiati il carattere, le abitudini, la storia personale, con l'obiettivo di rivenire in essi la causa – se non addirittura la colpa – della violenza subita⁴⁸.

44. Significativi in questo senso gli studi di Rita Laura Segato sulla violenza contro le donne in Sudamerica, con particolare riferimento ai casi del Messico e del Brasile (cfr. R. L. SEGATO, *La guerra contra las mujeres*, Traficante de sueños, Madrid, 2016).

45. Cfr. sul punto la *Call for papers* curata da L. RE e M. VIRGILIO per il Convegno su *Quali politiche per la sicurezza?*, Università degli studi di Perugia, Regione Umbria, *Studi sulla questione criminale*, Perugia 14-15 novembre 2014. Da tale *call* è nato il forum di discussione pubblicato sul sito della rivista *Jura gentium*, intitolato *Violenza maschile contro le donne e politiche delle sicurezze*, a cura di L. RE e M. VIRGILIO, 2016, <http://www.juragentium.org/forum/violenzadonne/index.html>

46. Cfr. sul punto P. PAROLARI, *La violenza contro le donne come questione (trans)culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2014, pp. 864-868.

47. Cfr. F. BIMBI, *Corpi, genere, violenza sulle donne*, cit. Questi temi sono discussi anche da P. PAROLARI, cit., *passim*.

48. In Italia ciò avviene ancora oggi con molta frequenza nelle aule di tribunale e talora anche prima del processo, al momento dell'intervento dei servizi sociali o delle forze di polizia, cfr. ad esempio I. BOIANO, *Femminismo e processo penale*, cit., in particolare capitoli 5 e 6. Sono numerosi i casi, sia risalenti che recentissimi, in cui la vittima è stata colpevolizzata per i suoi comportamenti, subendo quello che è largamente riconosciuto dalla

Se il quadro generale delle politiche di *gender mainstreaming* fa riferimento alle donne come gruppo titolare di diritti umani universali esposto alla violenza e, più in generale, a diverse forme di discriminazione, spesso le misure operative definite nelle politiche nazionali – e talora anche quelle adottate a livello locale – si riferiscono alle singole vittime e incentivano prevalentemente la predisposizione di strumenti di protezione delle vittime e di punizione dei criminali⁴⁹. Si oscura così il riferimento alla asimmetria di potere fra uomini e donne, al carattere universale e strutturale di tale asimmetria e, ancor più, al quadro complesso della violenza simbolica nei confronti delle donne (sia occidentali che non), violenza simbolica che, come detto, rende questi comportamenti apparentemente legittimi, spesso anche agli occhi delle donne.

Si conferisce così allo Stato e alle «forza dell'ordine» un compito salvifico che non può mai essere completamente assolto. Si impedisce inoltre il formarsi di una consapevolezza circa l'esigenza di portare avanti una trasformazione più radicale della società, che non può che coinvolgere il linguaggio e l'immaginario, le relazioni affettive e sociali, la decostruzione di modelli identitari e di relazione violenti, le relazioni economiche, la rivalutazione del lavoro di riproduzione e cura. Si tratta di una trasformazione che ha bisogno di tempo e di molto lavoro e che non si addice al lessico usato da molte campagne mediatiche contro la violenza, basate sulla idea che esista una «emergenza», che la violenza contro le donne possa essere un fenomeno da «sradicare» una volta per tutte e tempestivamente⁵⁰.

Infine, si sminuisce l'importanza della prevenzione e del lavoro di contrasto svolto da agenzie non statali che sono sottofinanziate, spesso trascurate – è il caso dei Centri anti-violenza in Italia – e delle agenzie del *welfare* (scuola, servizi sociali, servizi della salute). Il risultato di simili scelte non può che essere un contrasto molto parziale alla violenza contro le donne. Tanto più che, per combatterla, si deve lavorare non solo sugli strumenti, non solo sui discorsi, ma anche sulle pratiche, poiché è in queste che spesso si manifesta l'inconscio collettivo che fa da ostacolo alla capacità di individuare e contrastare la violenza contro le donne⁵¹. Si pensi alle culture professionali, agli specialismi, ai protocolli amministrativi che possono rendere difficile identificare un fenomeno così complesso, oppure alla resistenza ad abbandonare gli stereotipi legati al genere, che oscurano la identificazione e la comprensione delle dinamiche di violenza, o, infine, ai problemi che si manifestano quando è richiesto di mettere in rete i saperi, di creare spazi di ascolto e di confronto dei vissuti individuali e collettivi delle donne.

letteratura scientifica e dalle norme internazionali come un grave fenomeno di «vittimizzazione secondaria». Alcune drammatiche testimonianze sono riportate in A. ANGELINI, *Eva, le Sabine, Fiorella e le altre*, cit.

49. Cfr. sul punto C. BERTOLO, *La rappresentazione della violenza contro le donne*, cit., in particolare p. 68.

50. Cfr. C. BERTOLO, cit., pp. 67-68.

51. Cfr. C. BERTOLO, cit., in particolare Introduzione.

Alcuni Centri antiviolenza italiani, talora sostenuti dagli enti locali, hanno negli ultimi decenni cercato di svolgere questo lavoro complesso, adottando un approccio onnicomprensivo alla violenza contro le donne, e lo hanno fatto anche alcuni movimenti femministi, pur con le contraddizioni e i conflitti che sempre hanno contraddistinto la soggettività politica plurale delle donne. Per modificare il quadro che abbiamo di fronte dobbiamo proseguire – caparbiamente e pazientemente – su questa strada, integrando le *policies* (le politiche) con la *politics* (con la politica) e sviluppando una consapevolezza sociale che sia allo stesso tempo diffusa e profonda.

PATTI SUCCESSORI PREMATRIMONIALI

MARCO RIZZUTI

Assegnista di Ricerca Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Premessa: contratti, famiglie e successioni nell'*Ancien Régime* - 2. Ascesa e declino del paradigma codicistico della famiglia - 3. La duplice crisi del divieto dei patti successori e di quello degli accordi preventivi in vista del fallimento dei rapporti familiari - 4. Profili contenutistici dei nuovi accordi: tra patrimonialità e non patrimonialità

1. Premessa: contratti, famiglie e successioni nell'*Ancien Régime*.

Nei lunghi secoli dell'età intermedia certe operazioni pattizie, cui potremmo riferirci ricorrendo alla formula utilizzata nel titolo, costituivano forse il principale, e comunque uno dei principali, campi di esplicazione della prassi negoziale, ed in particolare di quella notarile. Il perno su cui ruotavano questi contratti, di fondamentale importanza per la coscienza sociale e giuridica di quei tempi, era rappresentato dalla destinazione di determinate masse patrimoniali alla soddisfazione dei bisogni del nuovo nucleo familiare che si andava a costituire¹, e ciò implicava altresì la necessità

1. Nella tradizione romanistica al centro di questo genere di vicende si collocava l'istituto della dote, un patrimonio destinato *ad sustinenda onera matrimonii*, di proprietà della moglie ma amministrato, nel rispetto del vincolo di destinazione, dal marito. Esso rappresentava l'apporto economico della moglie al *ménage* familiare, in un'epoca in cui di norma le donne non lavoravano, ed aveva altresì una funzione previdenziale assicurativa in favore della moglie stessa, la quale, pur non essendo di regola erede del marito, sarebbe rimasta proprietaria di tale compendio al momento dello scioglimento del matrimonio, ovvero nell'ipotesi più frequente nel caso di vedovanza, tipico di tempi in cui le donne sposavano uomini decisamente più anziani di loro. A costituire la dote era obbligato il padre della sposa, ma potevano darsi numerose varianti, in cui intervenivano altri parenti, con donazioni o con lasciti, oppure istituzioni benefiche familiari o civiche, che perseguivano lo scopo di rendere possibile il matrimonio anche alle fanciulle "*povere ma oneste*", oppure ancora poteva accadere che venisse costretto a provvedervi il seduttore che aveva compromesso l'onorabilità della giovinetta e che solo rendendo in tal modo comunque possibile, con una dote più ricca del consueto, il di lei matrimonio riusciva ad evitare pene ben più gravi, secondo la regola "*aut nubat, aut dotet, aut ad triremes?*". Nel mondo germanistico era invece lo sposo ad intestare alla moglie un patrimonio destinato (TACITO, *Germania*, XVIII), finalizzato soprattutto al mantenimento in caso di vedovanza e storicamente derivato dal *morgengabe*, il «dono del mattino» che in origine il soddisfatto marito era solito offrire alla consorte dopo la prima notte di nozze come segno di riconoscimento della sua verginità, e che in seguito si ampliò sino a poter comprendere la quarta parte del patrimonio maritale (*Lintprandi Leges*, 7). Con la sintesi cui, superata l'epoca della personalità del diritto, si pervenne nel diritto comune, troviamo una combinazione di entrambi gli schemi: i contratti nuziali spesso prevedevano, infatti, che il marito fosse tenuto ad incrementare l'entità della dote, versando la cosiddetta controdote, o sopraddote o antifato o aumento dotale (*douaire, dower, wittum, ὑπόβολον*), ed eventualmente anche ulteriori donativi che sarebbero confluiti direttamente nei beni parafarnali della moglie. Si possono vedere in proposito: G.B. DE LUCA, *De dote, lucris dotalibus, et alijs dotis appenditijs*, Roma, 1670; P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974, p. 56 ss.; T. BORRELLO, P.G. RAUZI, *Il velo bianco: saggio sulla dote matrimoniale della donna in un paese agricolo del meridione*, Milano, 1981; I. CHABOT, M. FORNASARI, *L'economia della carità: le doti del Monte di pietà di Bologna (secoli XVI-XX)*,

di programmare le vicende successorie in vario modo correlate, come possono dimostrare alcune esemplificazioni.

Occorreva, infatti, stabilire che ne sarebbe stato di tali patrimoni destinati in caso di scioglimento del rapporto familiare “*morte vel divortio*”², se non anche in occasione di vicende più peculiari³. Spesso si riteneva inoltre necessario prevedere che le attribuzioni patrimoniali dei terzi, tipicamente i genitori dei nubendi, con cui erano state costituite le masse patrimoniali in discorso assumessero il valore di anticipazioni sulla successione di questi ed implicassero quindi una rinuncia ad ulteriori acquisti ereditari da parte di chi ne aveva beneficiato⁴. Talvolta le complesse pattuizioni in parola erano poi l'occasione per

Bologna, 1997; M. FUBINI LEUZZI, *Condurre a onore: famiglia, matrimonio e assistenza dotale a Firenze in età moderna*, Firenze, 1999; A.M. CUCCIA, *Lo scrigno di famiglia: la dote a Torino nel Settecento*, Pisa, 2014.

2. In un formulario notarile aretino del Duecento, su cui ci piacerebbe immaginare abbia avuto occasione di lavorare anche quel Ser Petraccolo notaio, padre dell'autore del *Canzoniere*, tale locuzione viene utilizzata come condizione di efficacia delle vicende traslative programmate per mezzo di clausole *de lucranda dote* a favore del marito, che avrebbe così fatto propri i beni dotali o parte di essi al momento dello scioglimento del matrimonio, oppure, a parti invertite, per mezzo di *donationes propter nuptias* o *morgincap*, a seconda della *professio legis* romana o longobarda, che sarebbero entrate nel patrimonio della moglie solo in tale ipotesi (cfr. F. BRANDILEONE, *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, 1906, pp. 435-473). In altri contesti furono le norme statutarie a disciplinare, probabilmente recependo tendenze della prassi, il diritto del marito, o dei figli quali suoi eredi, a conseguire i beni dotali nel meno frequente caso di premorienza della moglie, senza più doverli restituire al suocero o agli eredi di quest'ultimo come avrebbe preteso il diritto romano (cfr. G.P. MASSETTO, *Il lucro dotale nella dottrina e nella legislazione statutaria lombarda dei secoli XIV-XVI*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a G. Vismara*, Milano, 1996, pp. 189-364). Per ulteriori aspetti della storia del nostro istituto si può vedere G. OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, in *Foro it.*, 1999, pp. 1306-1321.

3. Nella Livorno seicentesca gli Ebrei Sefarditi potevano ancora celebrare matrimoni poligamici, legali in forza delle immunità concesse dal Granduca di Toscana, per cui non era inconsueto che la moglie si cautelasse, facendo inserire nel contratto nuziale (in ebraico *ketubab*), se non il divieto di un matrimonio ulteriore, quanto meno la previsione che in tal caso il marito avrebbe perso l'usufrutto sulla prima dote, un disincentivo piuttosto temibile se si considera che solitamente i beni dotali non venivano conservati ma investiti, e divenivano la base delle attività commerciali del marito. La clausola dovette divenire a tal punto comune che i Massari della locale comunità ebraica ne fecero una norma di diritto oggettivo, vincolante anche in mancanza di espresso richiamo nella *ketubab*, con l'unica eccezione del caso in cui le seconde nozze dovessero essere contratte con la cognata vedova per ottemperare al precetto del levirato. Si veda in proposito C. GALASSO, «*La moglie duplicata. Bigamia e levirato nella comunità ebraica di Livorno (secolo XVII)*», in *Trasgressioni. Seduzione, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo)*, a cura di S. SEIDEL MENCHI, D. QUAGLIONI, Bologna, 2004, pp. 417-441; nonché M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016, pp. 41-42, nt. 53.

4. Il caso tipico era rappresentato dalla costituzione della dote da parte del padre della sposa, cui si correleva, almeno laddove il diritto romano non fosse stato comunque già derogato da regole statutarie sull'*exclusio foeminarum*, la rinuncia da parte di costei alla sua quota di eredità paterna in favore dei fratelli, con una clausola che veniva inserita nei contratti nuziali anche allo scopo di avvalersi della regola “*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*”, così da poter abusare della totale inesperienza di una nubenda spesso preadolescente. Una dote poteva però essere costituita anche allo scopo di destinare un patrimonio ad altri fini, come una monacazione oppure l'avviamento di un figlio cadetto ad una carriera militare, ecclesiastica o professionale o comunque il suo mantenimento, ed anche in questi casi veniva sovente configurata come anticipazione della vicenda successoria

elaborare in via preventiva meccanismi di tutela delle aspettative successorie dei figli di primo letto, potenzialmente pregiudicati da una nuova unione, salvaguardando così anche il fondamentale interesse al mantenimento della compattezza economica di determinati cespiti del patrimonio familiare⁵.

2. Ascesa e declino del paradigma codicistico della famiglia.

L'avvento della modernità giuridica, e del monopolio statale sul diritto⁶, ha comportato una crisi radicale di tali prassi contrattuali, per molteplici ordini di ragioni. Anzitutto il matrimonio ha cessato di essere riguardato come una vicenda gestita essenzialmente dai poteri familiari interessati tramite procedimenti negoziali, per divenire il prodotto di un procedimento pubblicistico, controllato da autorità ecclesiastiche e poi statali, e destinato a sfociare necessariamente nell'accettazione da parte dei nubendi di un regime giuridico eterodeterminato ed indisponibile⁷. Dall'altra parte, le vicende successorie sono state an-

con conseguente rinuncia a successivi acquisti ereditari in favore del titolare del maggiorascato, cioè di solito il primogenito ma eventualmente anche un altro figlio ritenuto più idoneo ad essere investito di tale posizione (come nel caso dell'ultimogenito di Monaldo Leopardi, il conte Pierfrancesco). Si vedano in proposito: E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto privato italiano*, Milano, 1961 p. 144; P. UNGARI, *op. loc. ult. cit.*; J. GOODY, *Inheritance, property and women: some comparative considerations*, in J. GOODY, J. THIRSK, E.P. THOMPSON, *Family and inheritance. Rural society in Western Europe, 1200-1800*, Cambridge, 1976, pp. 10-36; D. OWEN HUGHES, *From brideprice to dowry in Mediterranean Europe*, in *Journal of family history*, 1978, pp. 262-296; C. POVOLO, *Eredità anticipata o esclusione per causa di dote? Un caso di pluralismo giuridico nel Friuli del primo '500*, in L. ACCATI, M. CATTARUZZA, M. VERZAR BASS, *Padre e figlia*, Torino 1994, pp. 41-73; AN. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino, 1994; T. KUEHN, *Heirs, kin, and creditors in Renaissance Florence*, Cambridge MA, 2008; E. MONGIANO, *Famiglia e patrimonio. Profili storico-giuridici*, Torino, 2015.

5. La prassi costruì a tale fine lo strumento del *matrimonium ad morganaticam*, formula con cui si indicava l'ipotesi delle nozze contratte da un personaggio d'alto rango, solitamente vedovo e padre di figli legittimi, con una donna di condizione inferiore, accompagnate dalla previsione che i diritti successori di costei e degli eventuali figli nati non avrebbero riguardato il di lui patrimonio nel suo complesso, ed in particolare non avrebbero attinto i diritti feudali di cui egli fosse stato titolare, ma si sarebbero limitati ad uno specifico compendio predeterminato nei patti nuziali ed indicato con una terminologia derivante dall'arcaico istituto germanico del *morgengabe*. Tale meccanismo conobbe una significativa fortuna nel corso dei secoli, divenendo altresì lo strumento con cui grandi favorite reali, come la Montespan di Luigi XIV o la Rosina di Vittorio Emanuele II, potevano ottenere una consacrazione del loro rapporto col sovrano, ed è sopravvissuto almeno sino alle nozze morganatiche dell'arciduca Francesco Ferdinando con Sofia Chotek, assassinati a Sarajevo nel 1914. Si vedano in proposito: *Libri Feudorum*, II, 29; M. RADIN, *Legal History of the Morganatic Marriage*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 1937, pp. 597-617; G. VISMARA, *I patti successori nella dottrina di Bartolo*, in D. SEGOLONI, *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, Milano, 1962, II, p. 769, nt. 51; R.I. BURNS, *The Spiritual Life of James I the Conqueror, King of Aragon-Catalonia, 1208-1276: Portrait and Selfportrait*, in *Catholic Historical Rev.*, 1976, pp. 1-35; R. GERVASO, *La bella Rosina. Amore e ragion di Stato in Casa Savoia*, Milano, 1991; B. CRAVERI, *Amanti e Regine. Il potere delle donne*, Milano, 2005.

6. Su questo fondamentale passaggio storico si vedano almeno G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, e P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

7. Nell'*ancien régime* la costituzione del rapporto matrimoniale era stata l'esito di una pluralità di atti (*desponsatio* e *traditio*, *verlobung* e *trauung*, ἐντελής μνηστεία e στεφάνωμα; *zámoviny* e *zdvaviny*), ordinati in un procedimento privatistico i cui passaggi preliminari concorrevano a determinare la disciplina della situazione finale (cfr. J. GAU-

ch'esse assoggettate ad una rigida disciplina legale, insofferente di deroghe pattizie e tutta tesa a garantire l'obiettivo di tutelare il principio di parità tra i figli, ed al tempo stesso quello di frammentare il potere economico, e quindi sociale, delle grandi famiglie⁸. Peraltro, l'istituto della dote, che era stato centrale nell'elaborazione giuridica precedente, è andato incontro dapprima ad un progressivo declino, connesso al mutarsi del ruolo della donna nella società, ed infine ad una condanna legislativa piuttosto netta, correlata alla consacrazione normativa del principio di eguaglianza tra i coniugi⁹.

Nel nuovo contesto così venutosi a delineare, quelle variegate pattuizioni, cui abbiamo fatto soltanto un cenno in apertura, hanno dunque finito per risultare oggetto di espliciti divieti legislativi o per apparire comunque in radicale contrasto con i principi del nuovo ordine pubblico¹⁰. Invero, i contratti connessi alle vicende matrimoniali non sono

DEMET, *Il matrimonio in occidente*, Paris, 1987, trad. it., Torino, 1989, pp. 138-140; G. CAZZETTA, *Lecture*, in *Quad. Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2001, II, pp. 631-639), sul presupposto comunemente accettato a livello sociale che tali negoziazioni familiari sarebbero state condotte a prescindere dagli eventuali sentimenti dei nubendi, tanto che nelle pattuizioni in discorso potevano inserirsi anche i "patti di trattamento" finalizzati ad organizzare la vita della nuova famiglia, da quante volte si sarebbe andati a teatro all'eventuale facoltà della moglie di avvalersi di un cicisbeo (cfr. R. BIZZOCCHI, *Cicisbei: morale privata e identità nazionale in Italia*, Roma-Bari, 2008). Nel mondo postrivoluzionario invece tutta la vicenda viene ristrutturata come un procedimento amministrativo, che dalle pubblicazioni si svolge sino alla registrazione, e nel quale l'apporto dei privati interessati, che almeno idealmente sono solo i nubendi e sono mossi solo dal reciproco sentimento romantico, si concentra in un unico atto volto all'accettazione di una disciplina eteronoma, non suscettibile di essere derogata (art. 160 c.c.) né sottoposta a termini o condizioni (art. 108 c.c.), mentre le promesse precedenti vengono prese in considerazione dal diritto soltanto per negarne la vincolatività (art. 79 c.c.) e quindi la negoziabilità.

8. Per l'impatto che ebbero tali innovazioni sugli assetti sociali dell'epoca, basti ricordare l'opinione di A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, 1835 e 1840 (citiamo dall'edizione Gallimard 1968), p. 45, secondo il quale il nuovo diritto successorio avrebbe "détruit la liaison intime qui existait entre l'esprit de famille et la conservation de la terre", nonché quella di F. GALGANO, *Il rovescio del diritto*, Milano, 1991, p. 10, secondo il quale l'introduzione del *partage égal* avrebbe rappresentato uno strumento più efficiente della ghigliottina nell'opera di distruzione degli antichi poteri familiari.

9. In una società in cui la piena partecipazione della donna alla vita lavorativa diviene la regola, ed anzi in non poche famiglie è la moglie ad assumere il ruolo di *breadwinner*, non è certamente più necessaria la dote perché ella abbia modo di apportare un suo contributo patrimoniale al *ménage* familiare. D'altronde, alla tutela economica della vedova possono provvedere strumenti più moderni quali le assicurazioni sulla vita e le pensioni di reversibilità. Al tempo stesso la progressiva affermazione del principio di eguaglianza senza discriminazioni di sesso (artt. 3, comma 1, e 29, comma 2, Cost.) ha reso sempre più indifendibile un istituto strutturalmente fondato sulla prerogativa maritale di amministrare un patrimonio di proprietà della moglie. Il ben noto esito di tale vicenda si è avuto quindi con la riforma di cui alla l. 19 maggio 1975, n. 151, che ha espressamente fulminato di nullità, anche se in maniera non retroattiva, ogni convenzione tendente alla costituzione di beni in dote (art. 166 *bis* c.c.), ed ha altresì eliminato alla radice il problema della protezione patrimoniale della vedova, configurando il coniuge, in precedenza mero legatario *ex lege* dell'usufrutto uxorio, come il più tutelato fra gli eredi legittimi e legittimari.

10. Naturalmente alludiamo all'art. 458 c.c. sul divieto dei patti successori, ed al tradizionale orientamento giurisprudenziale, sul quale torneremo criticamente tra breve, nel senso della contrarietà dei patti prematrimoniali, considerati atti di "commercio di status", ai principi fondamentali espressi dalla formula dell'ordine pubblico. Sul rilievo generale di quest'ultima, assai problematica, categoria si rinvia intanto a: G.B. FERRI, *Ordine pubblico*,

scomparsi del tutto, ma le figure superstiti hanno perso la centralità che avevano avuto i loro predecessori e sono state sospinte alla periferia del sistema, in un ambito segnato da tratti spesso percepiti come anomali, oltre che da formalismi che rappresentano ormai l'ultima ombra della perduta primazia¹¹.

Con l'allusione alla fondamentale riforma del 1975, che ha anche implicato la definitiva proibizione dei patti dotali, siamo però già arrivati all'avvio di una fase successiva, in cui certe tendenze tipiche dell'età delle codificazioni hanno iniziato ad essere contrastate, e progressivamente superate, da sviluppi di segno opposto. Così, nel quadro di una crisi generale della pretesa di un monopolio statale sulla giuridicità¹², è emerso, anzitutto a

buon costume e la teoria del contratto, Milano, 1970; A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974; G. PANZA, *Ordine pubblico, Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.

11. Si allude alle convenzioni matrimoniali, regolate nel libro I del Codice, e ad alcune specie di donazioni, regolate nel libro II, quindi in ambo i casi al di fuori di quel libro IV in cui ha sede la materia contrattuale e che rappresenta il vero fulcro della codificazione del 1942. In queste aree marginali potevano dunque trovare posto anche strutture giuridiche eretiche rispetto ai dogmi allora assolutamente dominanti nella contrattualistica: dalla nullità relativa degli atti di alienazione dei beni dotali di cui al testo originario dell'art. 190 c.c. (cfr. L. PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967), per la quale diveniva possibile prospettare anche una sanatoria fondata sul divieto di *venire contra factum proprium* (cfr. A. CICU, *nota a Cass.*, 21 luglio 1939, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 292; A. CARROZZA, *Intangibilità della dote a favore della società coniugale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 881), sino alla struttura unilaterale del cosiddetto contratto di donazione obnuziale ex art. 785 c.c. (cfr. A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, Milano, 1956, p.162; L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 35; F.S. AZZARITI, G. MARINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 828). Al tempo stesso, sia per le convenzioni matrimoniali sia per le donazioni, l'atto pubblico è configurato in linea di massima come imprescindibile, per cui l'intervento notarile, che per i contratti del libro IV rileva solo ai fini della pubblicità, riveste in *subiecta materia* un ruolo essenziale.

12. I fondamenti concettuali di questo nuovo paradigma del pensiero giuridico furono posti da quei giuristi che nei maggiori ordinamenti europei iniziarono, a cavallo fra Ottocento e Novecento, ad avvertire l'insostenibilità dello schema legalistico che aveva contrassegnato l'età delle codificazioni (cfr. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899; E. EHRlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, Wien, 1903; R. SALEILLES, *Le Code Civil et la méthode historique*, in *Le Code Civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, 1904; H. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906). Per la scienza giuridica italiana il momento decisivo di tale sviluppo fu rappresentato, negli stessi anni, dalla geniale intuizione di SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, 1909, sviluppata in ID., *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, e poi in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947. Nonostante le sue origini giuspubblicistiche, la teoria ordinamentale ha quindi trovato terreno fertile non solo nel campo della filosofia del diritto (cfr. W. CESARINI SPORZA, *Il diritto dei privati*, Roma, 1929, rist. Milano, 1963, con presentazione di Salv. Romano; G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma 1932; ID., *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *Studi sassaresi*, 1936, pp. 77-90; ID., *L'ultimo libro di Santi Romano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pp. 46-79; E. OPOCHER, *Esperienza giuridica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 735 ss.), ma anche e soprattutto in quello del diritto civile che, come ammetteva il più eminente tra i giuristi che parteciparono alla redazione del Codice, «non è mai stato mancipio dello Stato» (F. VASSALLI, *Estraneità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, II, p. 481 ss.): in tale ambito si rivelarono fondamentali i contributi dello stesso figlio privatista dell'ideatore della teoria (cfr. almeno SALV. ROMANO, *Osservazioni sulle qualifiche «di fatto» e «di diritto»*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, IV, p. 145 ss.; ID., *Ordinamenti giuridici privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 249 ss.; ID., *Autonomia privata*, Milano, 1957), ma occorre considerare come anche altri grandi privatisti, pur provenendo da posizioni diverse, sempre più si rendessero ormai conto di quanto «sembra difficile... sostenere che l'ordinamento giuridico si risolve senza residui nel sistema normativo... l'ordinamento

livello costituzionale, il riconoscimento del carattere extra-statale del rapporto familiare e quindi di una sua irriducibilità ad istituzione ordinata a fini pubblicistici¹³, il che ha riaperto inevitabilmente le porte ad una ben maggiore esplicazione anche in quest'ambito dell'azione ordinante dei privati interessati.

Alcuni sviluppi, che hanno implicato una nuova diffusione se non altro quantitativa dei negozi familiari, si devono forse a conseguenze nemmeno direttamente volute dal legislatore della riforma. Così, l'aver imposto un regime patrimoniale legale disagiata da gestire, e spesso incoerente con la realtà sociale, ha reso certamente assai più diffuso che in precedenza il ricorso ad apposite pattuizioni intese a derogarvi in tutto o in parte¹⁴. D'altronde, la scelta di costruire in termini particolarmente attraenti la disciplina del nuovo fondo patrimoniale ne ha incentivato l'utilizzo, ed anche l'abuso in frode ai creditori¹⁵, vicenda che si è quindi ripetuta qualche decennio dopo con l'ambigua normativa

giuridico costituisce una realtà assai complessa e concreta... quella realtà oggettiva nella quale si danno inscindibilmente fatto e valore» (S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, pp. 87-89). Sulla perdurante, ed anzi vieppiù crescente, attualità di questa impostazione si vedano quantomeno P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002, e G. FURGUELE, a cura di, *Salvatore Romano*, Napoli, 2015.

13. Il riferimento di fondo è alla "naturalità", cioè originaria estraneità al diritto positivo statale, del rapporto familiare, per come riconosciuta dall'art. 29 Cost. (cfr. G. FURGUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979; M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984).

14. Si allude naturalmente ai complessi meccanismi della comunione legale dei beni ed all'ampia diffusione delle convenzioni matrimoniali intese a sottrarsi radicalmente alla stessa con l'adozione del regime di separazione, ma anche a quella dei meccanismi negoziali che mirano ad escluderne l'operatività almeno con riferimento a certi beni, come nell'ipotesi del cosiddetto rifiuto del coacquisto tanto contrastato in giurisprudenza (cfr. CASS., SEZ. UN., 28 ottobre 2009, n. 22755, in *Vita not.*, 2010, 1, I, p. 246) e discusso in dottrina (cfr., per ulteriori riferimenti, M. PALADINI, *Il "contratto" di esclusione dei beni personali dalla comunione legale*, in *Famiglia*, 2006, p. 449 ss.; A. GORGONI, *Il rifiuto del coacquisto e l'estromissione dalla comunione legale*, in *Obbl. contr.*, 2010, pp. 739-753; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. SACCO, Torino, 2011, pp. 186-190).

15. Il legislatore del 1975, una volta abolito un istituto come la dote, che aveva goduto di un notevole radicamento nel costume sociale ma appariva ormai come incompatibile con il principio di eguaglianza coniugale, ritenne di modificare la disciplina del patrimonio familiare, introdotto nel 1939 ma sempre rimasto di scarsa applicazione pratica, onde evitare un'analogia sorte al nuovo fondo patrimoniale, che da allora in poi avrebbe dovuto essere l'unico strumento destinatorio per la soddisfazione di esigenze familiari. Pertanto, venne mantenuto un inderogabile vincolo di destinazione ai bisogni familiari, che rende il fondo inaggregabile per obbligazioni che il creditore sappia contratte per esigenze estranee agli stessi, ma venne reso derogabile col consenso dei coniugi, e con l'autorizzazione del giudice ma solo in presenza di figli minori, il previgente vincolo di inalienabilità. Ne è derivato un assetto sbilanciato in favore dei coniugi, che possono mantenere la libera disponibilità di un compendio patrimoniale reso però inattuabile da parte dei creditori, il che ha fatto dell'istituto in discorso un perfetto strumento per frodi non sempre contrastabili col mero ricorso all'azione revocatoria. Tale situazione è divenuta col tempo di tale evidenza da fornire le basi per un ripensamento della giurisprudenza, la quale, al fine di riportare il sistema ad equilibrio offrendo una miglior tutela ai creditori, ha finito col fornire un'interpretazione talmente estensiva dei "bisogni della famiglia" da ricomprendervi sia le obbligazioni derivanti dalle attività lavorative, imprenditoriali e financo speculative dei coniugi, in quanto le si dovrebbe comunque ritenere intraprese per destinarne i proventi a contribuire a detti bisogni ex art. 143 c.c., sia quelle assunte per soddisfare esigenze di svago dei familiari, per cui finirebbero per non rientrarvi soltanto quelle finalizzate ad interessi immeritevoli quali i debiti di gioco o le spese per acquisto di alcool e droga, casi rispetto ai quali è

sugli atti di destinazione¹⁶. Frattanto la diffusione del divorzio poneva a livello pratico in maniera inedita il problema di una regolazione negoziale delle conseguenze della crisi del rapporto familiare¹⁷, magari anche in via preventiva¹⁸. Correlativamente un diritto di

piuttosto scolastica l'eventualità di un'escussione in sede giudiziaria statale (cfr. CASS., 18 settembre 2001, n. 11683, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1950; CASS., 7 luglio 2009, n. 15862, in *Giust. civ.*, 2010, 12, I, p. 2845; TRIB. LECCE, 24 agosto 2012, in *Giur. merito*, 2013, 4, p. 786, con nota di G. FANTICINI).

16. Proprio mentre la giurisprudenza riusciva in buona sostanza a neutralizzare, come si è visto, i rischi di abuso insiti nel fondo patrimoniale, la prassi si rivolgeva a strumenti destinatori ancor più destabilizzanti, quali il cosiddetto *trust* interno, costruito dagli interpreti sulla base di una certa interpretazione della Conv. Aja, 1 luglio 1985, ratificata con l. 16 ottobre 1989 n. 364, e quindi l'atto parzialmente disciplinato dall'art. 2645 *ter* c.c., introdotto dalla l. 23 febbraio 2006, n. 51. Ricorrendo a quest'ultimo strumento è possibile, ad esempio, strutturare una pattuizione di modifica delle condizioni di separazione in forza della quale il versamento dell'assegno per i figli venga sostituito dal trasferimento di un compendio immobiliare, accompagnato da un vincolo destinatorio che rende i beni inaggregabili per obbligazioni non attinenti ai bisogni della prole anche a prescindere dalla conoscenza che il creditore abbia di tale estraneità, a differenza di quanto prescritto dall'art. 170 c.c. per il fondo patrimoniale, e con un vincolo di inalienabilità che scardina il disposto dell'art. 1379 c.c. (cfr. TRIB. REGGIO EMILIA, 23 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 12, p. 3183). Ricorrendo invece al cosiddetto *trust* autodichiarato diverrebbe poi possibile realizzare una vicenda analoga senza nemmeno dover procedere ad un trasferimento della titolarità dei beni in questione (cfr. TRIB. REGGIO EMILIA, 22 giugno 2012, in www.ilcaso.it). Anche in questo caso, delle possibilità così offerte agli operatori si è ampiamente abusato, il che ha provocato una reazione che si è infine manifestata negli orientamenti che hanno ritenuto applicabile pure ai nuovi istituti la regola legale di cui all'art. 170 c.c. e quella pretoria sull'interpretazione estensiva della nozione di bisogni della famiglia (cfr. TRIB. REGGIO EMILIA, 10 marzo 2015, in *Riv. not.*, 2015, 2, II, p. 364, con nota di M.F. GIORGIANNI) o addirittura hanno postulato che con riguardo agli interessi familiari sarebbe utilizzabile solo il modello tipico del fondo patrimoniale e non anche la figura residuale di cui all'art. 2645 *ter* c.c. (cfr. R. LENZI, *Destinazioni tipiche e atipiche, in Famiglia e impresa: strumenti patrimoniali per la separazione patrimoniale, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2010, 1, p. 36; M. FRANCESCA, *Le destinazioni nell'interesse familiare: autonomia privata e fondamento solidaristico*, in *Riv. not.*, 2012, p. 1035 ss.), mentre il legislatore ha ritenuto di dover intervenire con la nuova norma agevolativa delle espropriazioni di beni oggetto di vincoli di indisponibilità di cui all'art. 2929 *bis* c.c., introdotto dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132 (cfr. D. MURITANO, *Il nuovo art. 2929 bis c.c.: quale futuro per la protezione del patrimonio familiare?*, in www.dirittobancario.it; G. OBERTO, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929 bis c.c. Dalla Pauliana alla 'Renziana'?*, Torino, 2015).

17. L'ammissibilità e la meritevolezza dei contratti, legalmente atipici ma ormai socialmente tipici, che vengono stipulati in occasione delle crisi familiari, per essere trasfusi nell'accordo omologato oppure a *latere* dello stesso, allo scopo di regolarne i profili patrimoniali, sono ampiamente riconosciute dalla giurisprudenza (cfr. CASS., 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 415; CASS., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, 4, I, p. 1189) e dalla dottrina (cfr. G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2009).

18. Dopo alcune oscillazioni negli anni settanta, la giurisprudenza di legittimità ha enunciato una regola di nullità degli accordi preventivi in vista del divorzio (cfr. per tutte CASS., 11 giugno 1981, n. 377, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p. 1553, con nota di A. TRABUCCHI, cui si sono poi allineate numerose altre pronunzie), salvo però attenuarla o smentirla con le decisioni che hanno negato la contrarietà all'ordine pubblico degli accordi pre-matrimoniali tra stranieri fatti valere in Italia (CASS., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv.*, 1985, p. 579), hanno riconosciuto la validità di quelli stipulati in vista dell'annullamento canonico (CASS., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 1670) ed hanno riletto l'invalidità di quelli interni e relativi al divorzio in termini di nullità relativa (CASS., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021, con nota di L. BALESTRA). Nel prosieguo vedremo come le tendenze evolutive dell'ordinamento siano nel senso di un superamento della stessa

famiglia sempre meno incentrato sul dato formale dell'atto di matrimonio, ormai non più indissolubilmente vincolante, quanto piuttosto sul rilievo della comunanza di vita fondata sul perdurante accordo delle parti¹⁹, non poteva più disinteressarsi delle situazioni di convivenza che da tale atto prescindano del tutto, e quindi delle relative esplicazioni a livello di autonomia contrattuale²⁰. Infine è stato lo stesso pluralismo dei modelli familiari, nel contesto della cosiddetta globalizzazione giuridica, a riproporre problematiche attinenti a strumenti negoziali che erano potuti sembrare superati²¹.

regola invalidatoria: si rinvia intanto, anche per ulteriori riferimenti, a F. CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, Milano, 2011; G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, pp. 69-103; A. FUSARO, *Marital contracts, ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 475-493; ID., *Una convenzione aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, pp. 614-619; G. CERBIONI, G. LA MARCA, *Brevi osservazioni teorico-pratiche sugli accordi in vista dell'eventuale e futura crisi coniugale*, in *Vita not.*, 2013, pp. 869-884; A. FIGONE, *Ancora in tema di patti prematrimoniali*, in *Fam. e dir.*, 2013, pp. 843-844; E. SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*, in *Contr.*, 2013, pp. 223-230; G. BERLOCO, *Patti prematrimoniali: ammissibili?*, in *Stato civ. it.*, 2013, pp. 21-25; F. SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, in *Corr. giur.*, 2013, pp. 1564-1570; M. GILBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell'autonomia dei coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 476 ss.; T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 459-484; E. QUADRI, *Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 2014, pp. 95-132; M. PALAZZO, *Epicedio per la nullità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Vita not.*, 2016, pp. 1429-1522; ID., *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 93 ss.

19. Si tratta, a ben vedere, di un sostanziale riavvicinamento della postmodernità al paradigma romano del *matrimonium* inteso non come atto, ma come situazione di fatto rilevante per il diritto: cfr., per tutti, E. VOLTERRA, *Matrimonio (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1975, p. 726 ss.

20. Sul ruolo dell'autonomia negoziale nell'ambito dei rapporti familiari fattuali, prima ed a prescindere dalle ultime innovazioni legislative su cui poi torneremo, si vedano intanto: V. ROPPO, *Convivenza more uxorio e autonomia privata (ancora sui presupposti e modalità di rilevanza della famiglia senza matrimonio)*, in *Giur. it.*, 1980, I, p. 543 ss.; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 143 ss.; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 151 ss.; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi "more uxorio"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 737 ss.; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001; E. MOSCATI, A. ZOPPINI, *I contratti di convivenza*, Torino, 2002; E. DEL PRATO, *I patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, p. 959 ss.; L. BALESTRA, *I contratti di convivenza*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, p. 43 ss.; G. OBERTO, *Contratto e regime patrimoniale della famiglia di fatto*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, VI, pp. 105-402; G.A.M. TRIMARCHI, *L'autonomia privata e la famiglia di fatto: deriva o soluzione?*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, Milano, 2009, I, II, pp. 388-400; A. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contr.*, 2013, p. 913 ss.; C. VERDE, *Profili evolutivi dell'autonomia negoziale nelle relazioni di tipo "familiare"*, www.juscivile.it, 2014, 2, pp. 39-53; G. FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *Contr.*, 2015, p. 722 ss.; R. SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 671 ss.

21. Oggi, per una sorta di paradosso, la nettezza della condanna legislativa nei confronti dei patti costitutivi di dote sembrerebbe essersi attenuata, in quanto l'art. 166 bis c.c. ricade fra quelle norme che un legislatore quantomeno approssimativo ha reso inapplicabili, almeno in via diretta, al nuovo istituto dell'unione civile omosessuale di cui alla l. 20 maggio 2016, n. 76, in quanto tale norma non vi è richiamata espressamente, mentre l'art. 1, comma 20, esclude che il rinvio generale alle disposizioni sul matrimonio possa valere anche per quelle codicistiche in mancanza di un esplicito riferimento. Peraltro, nulla viene precisato con riguardo all'eventuale

3. La duplice crisi del divieto dei patti successori e di quello degli accordi preventivi in vista del fallimento dei rapporti familiari.

In questo quadro sistematico sono dunque entrati in una fase di crisi sia il divieto dei patti successori sia quello dei patti prematrimoniali, il che contribuisce peraltro a mettere in luce il nesso storico-giuridico che lega reciprocamente i due istituti²². Ci sembrerebbe invero di poter delineare un duplice itinerario che si è svolto negli ultimi tempi: una vicenda per così dire preliminare ha visto l'intenso lavoro dottrinario e giurisprudenziale di erosione del primo divieto arrivare a compromettere anche la tenuta del secondo; quindi, in una successiva fase, le nuove ragioni di crisi del secondo divieto potrebbero essere sul punto di ulteriormente aggravare quella del primo.

Quanto alla prima vicenda, occorre ricordare come la formula normativa riferita al divieto dei patti successori ci si presenti tutt'oggi quasi immutata rispetto ai tempi della codificazione, ma il suo reale contenuto giuridico si sia notevolmente ristretto. Da ormai vari decenni, infatti, il crescente successo, in dottrina, in giurisprudenza e nella prassi notarile, della formula per cui l'accordo non va considerato inammissibilmente *mortis causa*, ogniqualevolta l'evento morte operi invece come condizione o termine²³, ne ha no-

ricorso a tali pattuizioni nell'ambito di un rapporto non matrimoniale né di unione civile, ma riconducibile all'ipotesi della convivenza regolata dalla seconda parte della stessa legge. Questa almeno apparente dequotazione sistematica del divieto dei patti dotali potrebbe peraltro assumere notevole importanza sul piano interpretativo quando si presenterà anche da noi, come già presso altre giurisdizioni occidentali, la questione del rilievo da riconoscere ai meccanismi destinatori nell'interesse familiare propri del diritto islamico, una realtà che ormai riguarda diversi milioni di residenti europei, come in particolare il *mahr*, un istituto tendenzialmente comparabile con la controdote del diritto intermedio: cfr. M. JINDANI, *The Concept of mahr (Dower) in Islamic Law: The Need of Statutory Recognition by English Law*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online*, 2004, pp. 219-227; C.A. SIZEMORE, *Enforcing Islamic Mahr Agreements: the American Judge's Interpretational Dilemma*, in *George Mason L. Rev.*, 2011, pp. 108-1116; M. HARDY-DUSSAULT, D. HELLY, *Le mahr devant les tribunaux civils canadiens*, in *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, 2013, pp. 387-402.

22. A livello comparatistico si può, infatti, notare che in determinati Paesi, in cui le codificazioni moderne non hanno mai introdotto il divieto dei patti successori, siano sopravvissuti anche quelli prematrimoniali, com'è reso evidente dalla vicenda tedesca degli *Erbverträge* e degli *Eheverträge*, ed in quella degli altri ordinamenti che più hanno risentito di tale modello, come ad esempio nel caso dell'Ungheria. Peraltro, anche nel lessico giuridico anglosassone vediamo ricorrere formule analoghe per i *premarital agreements in contemplation of divorce* e per quelli in *contemplation of death*.

23. La costruzione risale quantomeno a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento: contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 ss., e R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 147 ss.; ma cfr. anche M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, e A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983. Per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali si vedano le più recenti trattazioni di: P. RESCIGNO, *Attualità e destino del divieto di patti successori*, in AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 1 ss.; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 5 ss.; D.A. D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione: contributo allo studio dei patti successori istitutivi*, Napoli, 2012; D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori: contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012; F.P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014; G. BONILINI, *Attualità del "Divieto di patti successori"?*,

tevolmente ridotto la portata, in quanto con un po' di sforzo interpretativo è possibile rivalificare in questi termini una vasta porzione delle pattuizioni in discorso, o almeno di quelle dotate d'un qualche rilievo non solo scolastico. Quindi una giurisprudenza più esplicita, facendo leva sulle, vere o presunte, eccezioni legislative ad un divieto sentito ormai come anacronistico, ha finito per crearne di nuove, o forse meglio per trasformare in eccezione il divieto stesso, cui andrebbero sottratte ormai tutte le ipotesi in cui alla pattuizione siano sottesi interessi di carattere morale o familiare²⁴.

A questo armamentario argomentativo hanno così potuto attingere anche quelle prime decisioni che hanno iniziato a mettere in discussione la inammissibilità degli accordi preventivi in vista della crisi dei rapporti familiari, valorizzando quelli in cui tale rottura non si configuri come causa ma come mera condizione, ipotesi anche in questo caso suscettibile di essere allargata ad una significativa quota delle vicende in discorso²⁵. In questa impostazione dunque il controllo giudiziale sugli accordi in discorso non verte più sulla clausola generale dell'ordine pubblico, con cui si riteneva che essi contrastassero in quanto forme indirette di disposizione dello *status* coniugale, ma sull'altra, invero non

in *Dir. succ. fam.*, 2015, 343-360 V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2016; V. PUTORTI, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 3, pp. 845-878; V. BARBA, *Divieto di patti successori e principio d'indisponibilità, tra vivi, della delazione*, in *Annali Sisdic*, 2017, p. 1.

24. CASS., 8 ottobre 2008, n. 24813, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 318, con nota di M. D'AURIA, *Natura patrimoniale ed interesse morale dell'intesa che istituisce erede una fondazione disposta per testamento*, ha ritenuto non contrastare con l'art. 458 c.c., come sistematicamente reinterpretato alla luce degli sviluppi giurisprudenziali in punto di clausole societarie di continuazione automatica (CASS., 16 aprile 1994, n. 3609, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, p. 161) e di quelli legislativi in tema di patto di famiglia (l. 14 febbraio 2006, n. 55), l'accordo fra due fratelli, ultimi eredi della famiglia nobiliare dei Coronini Cromberg, in base al quale essi avevano proceduto alla redazione di due testamenti identici finalizzati a devolvere l'intero patrimonio familiare ad una istituita fondazione, con lo scopo di preservarne il valore culturale e garantirne la fruibilità al pubblico. Quindi TRIB. NAPOLI, 30 giugno 2009, in *Giur. mer.*, 2010, p. 3001, con nota di M. DI MARZIO, ha potuto richiamare tale precedente per sancire la validità di un accordo tra genitori inteso a definire un'equa ripartizione del patrimonio tra le figlie per il tramite di una coordinata redazione dei testamenti dei paciscenti. In entrambe le pronunzie leggiamo dunque che il divieto di cui agli artt. 458 e 589 c.c. opererebbe soltanto nei casi, dal sapore un po' scolastico, in cui il fine perseguito dai contraenti fosse stato l'arricchimento dell'una o dell'altra parte, con una sorta di illecita scommessa sulla morte, ma non laddove la pattuizione miri invece a soddisfare un interesse meritevole di tutela per il suo rilievo anche sociale, come nel primo caso, o semplicemente sul piano della pianificazione familiare, come nel secondo. Orbene, leggendo in questi termini la norma, come interpretata dal diritto vivente, parrebbe di doverne dedurre che il patto successorio non è vietato di per sé, ma solo qualora persegua fini immeritevoli, come del resto sarebbe qualunque altro contratto.

25. La svolta è stata segnata da CASS., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Foro it.*, 2013, 3, I, p. 864, che su queste basi ha ritenuto ammissibile l'accordo con cui un nubendo si sia impegnato a ritrasferire alla comparte la proprietà di un immobile "in caso di fallimento di matrimonio", a titolo di corrispettivo per le spese sostenute per la ristrutturazione di un ulteriore locale che era stato adibito a residenza familiare (cfr. G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il "distinguishing" finisce nella "baarspaltemaschine"*, in *Fam. e dir.*, 2013, pp. 323-334). Quindi CASS., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 54, ha analogamente ritenuto valida la scrittura privata che prevedeva l'obbligo di un coniuge di restituire all'altro in caso di separazione le somme ricevute a titolo di prestito.

meno problematica, clausola dell'equilibrio contrattuale, alla stregua del quale occorrerà verificare se le pattuizioni in esame non concretizzino un'inaccettabile situazione di abusivo approfittamento ai danni della parte più debole. I nostri giudici hanno così finito per seguire il percorso già tracciato da quelli dei Paesi anglosassoni, considerati non del tutto esattamente la patria dei *preuptial agreements*, che pure in quel contesto qualche anno fa erano ancora ritenuti inammissibili per contrasto con la *public policy* e solo in tempi piuttosto recenti sono stati sdoganati ed assoggettati ad un diverso tipo di controllo giudiziale, trasferito appunto sul piano della *unconscionability*²⁶.

Beninteso questa corrente giurisprudenziale convive ancora con impostazioni più rigoriste²⁷, ma occorre prendere atto di come gli ultimi anni, e qui siamo alla successiva fase del percorso cui facevamo cenno, stiano vedendo una serie di sviluppi che ci sembrano suscettibili di mettere radicalmente in discussione l'assunto per cui vi sarebbe una qualche ragione di incompatibilità tra i principi di ordine pubblico e gli accordi in vista della crisi familiare.

Anzitutto va ricordato che è stata introdotta, con la "degiurisdizionalizzazione" della separazione e del divorzio, la possibilità di disporre in via diretta dello *status* coniugale tramite i due meccanismi del divorzio in sede comunale²⁸ e di quello per negoziazione

26. Invero la giurisprudenza anglosassone più risalente qualificava gli accordi prematrimoniali in termini di illiceità per contrasto con la *public policy*, e dunque secondo linee concettuali non diverse da quelle seguite nel nostro ordinamento: si vedano per l'America CORTE SUPR. KANSAS, caso *Neddo vs. Neddo*, in 56 Kan. 507, 52 44 P. 1, 2 (1896), e per l'Inghilterra HOUSE OF LORDS, caso *Hyman vs. Hyman*, in (1929) AC 601. Il superamento di tali impostazioni e lo spostamento del controllo sul piano dell'*unconscionability*, termine che indica per l'appunto le problematiche inerenti all'equilibrio contrattuale, si è avuto solo più tardi: in America con CORTE SUPR. CALIFORNIA, caso *In re Marriage of Dawley*, in 17 Cal.3d 342 (1976), in Australia con il *Family Law Amendment Act 2000*, ed in Inghilterra solo con SUPREME COURT, caso *Radmacher vs. Granatino*, in (2010) UKSC 42, con riguardo ad una fattispecie rappresentata da un accordo prematrimoniale stipulato di fronte ad un notaio in Germania, paese di nazionalità della moglie che, come abbiamo già ricordato, ha sempre riconosciuto la validità di siffatte pattuizioni. È quindi fondamentalmente erronea la corrente convinzione che si tratti di istituti tipici ed originari del *common law*.

27. Cass., 13 gennaio 2017, n. 788, in www.familia.it, 16 maggio 2017, con nota di G. SPELTA, e Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in www.familia.it, 20 marzo 2017, con nota di C. CERSOSIMO, *Possibili margini di liceità degli accordi prematrimoniali nell'ordinamento giuridico italiano*, hanno persino affermato che sarebbe illecito l'accordo con cui i coniugi abbiano preventivamente rinunciato all'assegno divorzile o ne abbiano predeterminato l'entità, e non già nel contesto un patto prematrimoniale o comunque durante la vicenda fisiologica del rapporto familiare, ma semplicemente in quella fase della separazione che è oggi naturalmente propedeutica al divorzio stesso.

28. Il riferimento è all'art. 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni in l. 10 novembre 2014, n. 162, in base al quale la separazione consensuale o il divorzio congiunto, o la relativa modifica delle condizioni precedentemente pattuite, possono prodursi per effetto di un atto dei coniugi ricevuto dall'ufficiale di stato civile ed inserito nei registri di sua competenza, un negozio dunque, che, in linea con la regola generale del *contrarius actus*, appare fondamentalmente analogo all'atto di matrimonio. La norma precisa che tale meccanismo non può trovare applicazione in presenza di figli minori, o portatori di *handicap* o non economicamente autosufficienti, e che l'accordo in questione non può contenere patti di trasferimento patrimoniale. La portata di tali esclusioni è stata interpretata in senso restrittivo da MIN. INTERNO, circ. 24 aprile 2015, n. 6,

assistita²⁹, che si collocano entrambi su di un piano squisitamente privatistico³⁰. Peraltro, è noto come successive ulteriori riforme abbiano contribuito ad allentare il controllo pubblicistico sullo scioglimento del rapporto matrimoniale, in quanto ormai un divorzio “degiurisdizionale” potrà se del caso anche essere “breve” dal punto di vista dei termini³¹, o addirittura immediato nel caso delle unioni civili omosessuali³². In un contesto

il cui art. 1 precisa che il riferimento ai figli va inteso come riferito solo a quelli comuni della coppia, mentre l'art. 2 fornisce l'ancora più importante indicazione che ad essere esclusi sono solo i patti patrimoniali suscettibili di produrre effetti reali, ma non anche quelli relativi a prestazioni obbligatorie come l'assegno. La legittimità di quest'ultima previsione, esclusa da TAR LAZIO, 7 luglio 2016, n. 7813, in www.ilcaso.it, è stata poi invece riaffermata da CONS. STATO, 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Corr. giur.*, 2017, p. 501, con nota di I. OTTOBRINO, *La “degiurisdizionalizzazione” in materia di separazione e divorzio: semplificazione o vulnus di tutela?*.

29. Il riferimento è all'art. 6 del predetto d.l. 132 del 2014, in base al quale la separazione consensuale o il divorzio congiunto, o la relativa modifica delle condizioni precedentemente pattuite, possono prodursi anche per effetto di un accordo negoziato dai coniugi con l'assistenza di almeno un avvocato per parte. In tal caso la presenza di figli minori, o portatori di *handicap* o non economicamente autosufficienti, non impedisce di ricorrere allo strumento degiurisdizionalizzato, ma modifica i procedimenti di controllo cui lo stesso è soggetto ai fini dell'inserimento nei registri di stato civile. In loro assenza sarà, infatti, sufficiente che gli avvocati trasmettano l'accordo al P.M. per un visto di regolarità formale e quindi all'ufficiale di stato civile, mentre in loro presenza il P.M. sarà chiamato ad autorizzare l'accordo se lo ritiene rispondente all'interesse dei figli, o altrimenti ad attivare un procedimento che rimetta al giudice tale valutazione (cfr. TRIB. PALERMO, 1 dicembre 2016, in www.personaemercato.it). Non vi sono poi limiti all'inserimento di patti patrimoniali negli accordi e, per quanto riguarda l'opponibilità ai terzi dei conseguenti effetti traslativi, la recente giurisprudenza di merito li ritiene trascrivibili senza neanche bisogno di un successivo passaggio in sede notarile (cfr. TRIB. PORDENONE, 17 marzo 2017, in www.judicium.it, e TRIB. ROMA, 17 marzo 2017, in www.studiocataldi.it; *contra* M. KROGH, *Il ruolo del notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio*, studio n. 571-2016/C del Consiglio Nazionale del Notariato, nonché M. MATTONI, *Prime note ai decreti dei Tribunali di Pordenone e Roma in materia di negoziazione assistita: errore di diritto?*, in www.federnotizie.it). In ordine alla rilevanza sistematica di tali innovazioni legislative ai fini di un'argomentazione favorevole all'ammissibilità dei patti prematrimoniali cfr. C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 207 ss.

30. Parrebbero, dunque, destinate a cadere certe residue chiusure alla negoziabilità, come quelle manifestate dall'orientamento per cui non si potrebbero impugnare per simulazione le separazioni consensuali (CASS., 21 novembre 2003, n. 17706, in *Corr. giur.*, 2004, 3, p. 307, con nota critica di G. OBERTO, ed in *Vita not.*, 2004, p. 156, con nota critica di F. ALCARO, ed in *Dir. fam. e pers.*, 2005, p. 462, con nota critica di F. DANОВI; nonché CASS., 12 settembre 2014, n. 19319, in *Foro nap.*, 2015, p. 539, con nota critica di I. SASSO), già criticato dall'isolata pronuncia di TRIB. BIELLA, 30 marzo 2011, in www.personaedanno.it, e da buona parte della dottrina: cfr. G. OBERTO, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale, con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei*, in *Familia*, 2001, p. 774 ss.; F. DANОВI, *La separazione simulata e i suoi rimedi*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 284 ss.; N. CIPRIANI, *La simulazione nella separazione consensuale*, Napoli, 2008; M. RIZZUTI, *Della simulazione in sede processuale: osservazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 449-462; E. DE BELVIS, *I rapporti tra simulazione e separazione consensuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1439 ss.

31. Il riferimento è all'art. 1 della l. 6 maggio 2015, n. 55, che ha ridotto ad un anno il termine che deve intercorrere tra separazione e divorzio, già in precedenza ridotto a tre anni con la l. 6 marzo 1987, n. 74, dai cinque originari, punitivamente previsti dalla l. 1 dicembre 1970, n. 898.

32. In occasione dell'approvazione della predetta l. 55 del 2015, quelle disposizioni del relativo d.d.l. che si proponevano di introdurre il divorzio diretto sono state stralciate per andare a formare un nuovo d.d.l., il n. 1504 *bis*, il cui esame in Commissione, propedeutico alla prima lettura del Senato della Repubblica, risulta

del genere, dovrebbe essere chiaro come sia divenuta insostenibile l'argomentazione in ordine al divieto di forme indirette di disposizione negoziale dello *status*, una volta che si sia ammessa quella in via diretta.

Frattanto il legislatore ha anche partorito la disciplina intesa a regolare in via generale il fenomeno delle convivenze, con ciò determinando notevoli conseguenze sistematiche che si riflettono pure sul nostro tema. Il profilo più significativo è con ogni probabilità quello attinente agli obblighi di solidarietà il cui insorgere la nuova normativa ha ricollegato alla cessazione del rapporto di convivenza, sempre che questo sia stato caratterizzato dai requisiti legalmente tipizzati³³. Da una parte, infatti, balza agli occhi come l'opzione legislativa sia stata nel senso di una loro limitazione sul piano temporale ancorata a criteri di proporzionalità rispetto alla pregressa durata del rapporto familiare³⁴, il che, in un contesto in cui la disciplina generale del fenomeno familiare non è più una sola, non potrà mancare di riflettersi anche sull'analogo profilo della solidarietà post-coniugale, mettendo in luce l'irragionevolezza degli anacronistici orientamenti giurisprudenziali che postulano l'inderogabilità di un diritto perpetuo al mantenimento del tenore di vita matrimoniale³⁵ e rappresentano pertanto uno dei principali ostacoli

iniziato il 1 marzo 2016 e da allora non sembra procedere. Frattanto però l'art. 1, comma 24, della l. 76 del 2016 ha introdotto il divorzio immediato per le unioni civili, cui però possono accedere soltanto le coppie omosessuali, con un esito di dubbia ragionevolezza e costituzionalità. Il problema peraltro potrebbe assumere pure una rilevanza sovranazionale, in quanto la Corte EDU è stata chiamata ad occuparsi della legittimità delle normative che anche in altri Paesi limitano alle sole coppie omosessuali l'accesso a determinate forme di *registered partnership* che possono rivelarsi più convenienti del matrimonio (caso pendente *Ratzénböck and Seydl v. Austria*, n. 28475/12).

33. Ai sensi dell'art. 1, comma 36, della l. 76 del 2016 la convivenza riconosciuta legalmente è solo quella tra "due persone maggiorenni... non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile". Tra i primi commenti si possono menzionare, senza pretese di completezza: L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in www.juscivile.it, 4, p. 92 ss.; M. RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, in giustiziavivile.com, 12 maggio 2016; R. PACIA DEPINGUENTE, *Unioni civili e convivenze*, in www.juscivile.it, 2016, 6, p. 195 ss.; E. QUADRI, "Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corr. giur.*, 2016, pp. 893-903; L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 919 ss.; F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 665 ss.

34. Il riferimento è all'art. 1, comma 65, della l. 76 del 2016 che prevede il diritto dell'ex convivente di ricevere gli alimenti, qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, per un periodo proporzionale alla durata della convivenza stessa (per un primo caso applicativo cfr. TRIB. MILANO, 23 gennaio 2017, in www.ilcaso.it), ma anche al comma 42, che prevede il diritto per il convivente superstite di continuare ad abitare nella casa familiare per un periodo che in linea generale, e salve ulteriori specificazioni, viene determinato come pari alla durata della convivenza (cfr. CASS., 27 aprile 2017, n. 10377 in cassazione.net).

35. Tale dogma risale quantomeno alla presa di posizione di CASS., SEZ. UN., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Quadri*, 1991, con nota di M. DOSSETTI, cui hanno fatto seguito varie altre pronunzie più o meno allineate. Alla base di siffatta ricostruzione stavano nella sostanza precomprensioni interpretative connesse ai residui della superata concezione indissolubilista, che implicava l'idea di un'insopprimibile ultrattività di un vincolo matrimoniale visto in funzione assicurativa, e quindi al tempo stesso anche ad una pregiudiziale impostazione di

al riconoscimento dell'ammissibilità di negoziazioni preventive sul punto. Dall'altra parte, la novità costituita dall'introduzione di questi obblighi nell'ambito dei rapporti di convivenza porrà alla prassi, anzitutto notarile, la nuova questione relativa all'ammissibilità di accordi intesi ad escludere o limitare preventivamente la loro operatività, onde ricondurre il rapporto familiare a quello stadio di minore giuridificazione in cui si trovava prima della riforma, e che, specie per quanti altrimenti avrebbero già scelto il matrimonio, potrebbe magari essere ritenuto preferibile³⁶.

favore nei confronti di quella che continua ad essere considerata *a priori* la parte debole del rapporto coniugale (anche se oggi i soggetti considerati, anche da alcuni legislatori regionali, come i più bisognosi di aiuto sono talvolta i padri separati), nonché ad un sottofondo di classismo che fa sembrare quasi naturale l'idea di un diritto alla conservazione della posizione sociale acquisita col matrimonio. L'anacronismo di questa elaborazione tralattizia è stato denunciato da TRIB. FIRENZE, ord. 22 maggio 2013, che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale, rigettata è vero da CORTE COST., 11 febbraio 2015, n. 6, in www.cortecostituzionale.it, ma solo sul presupposto che siffatto esito non fosse più conforme all'attuale contenuto dello stesso diritto vivente (cfr. F. ALCARO, *Note in tema di assegno divorzile: il tenore di vita in costanza di matrimonio, un'aporia interpretativa?* in *Fam e dir.* 2013, p. 108 ss.; E. AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, in *Fam e dir.* 2014, p. 699 ss.; ID., *Il diritto a formare una seconda famiglia tra doveri di solidarietà post coniugale e principio di autoreponsabilità*, in *Fam e dir.*, 2014, p. 1043 ss.; G. CONTE, *I criteri di determinazione dell'assegno divorzile al vaglio della Corte Costituzionale*, in *giustiziavivile.com*, 3 marzo 2014; M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 578 ss.; A. LAMORGESE, *L'assegno divorzile e il dogma della conservazione del tenore di vita matrimoniale*, in www.questionegiustizia.it, 11 marzo 2016), ed è stato più di recente apertamente sconfessato da CASS., 10 maggio 2017, n. 11504, in www.cortedicassazione.it, (per un'applicazione dei nuovi principi cfr. TRIB. MILANO, 22 maggio 2017, in www.ilcaso.it), salvo essere invece ribadito a distanza di pochi giorni da CASS., 16 maggio 2017, n. 12196, in www.ilcaso.it, ancorché con riguardo ad un assegno di separazione e soprattutto ad una fattispecie decisamente peculiare per l'enormità del patrimonio del marito, un ben noto personaggio pubblico che di certo non ha mai goduto delle simpatie della magistratura. Alla decostruzione dell'impostazione tradizionale ha peraltro contribuito l'affermarsi dell'orientamento giurisprudenziale che riconosce all'instaurazione di una nuova famiglia di fatto un'efficacia estintiva e non soltanto sospensiva sul diritto all'assegno (CASS., 3 aprile 2015, n. 6855, in *Dir. cin. cont.*, 11 aprile 2015, con nota di E. BILOTTI, *Convivenza more uxorio e solidarietà post-coniugale*; CASS., 29 settembre 2016, n. 19345, in *giustiziavivile.com*, 25 novembre 2016, con nota di M. RIZZUTI, *Assegno divorzile e famiglia di fatto*), e potrebbe quindi ulteriormente contribuire un'interpretazione transtipica delle norme sulla convivenza.

36. Ci sembra sempre opportuno ricordare che il riconoscimento da parte dell'ordinamento della rilevanza di una situazione di fatto non comporta soltanto l'attribuzione di nuovi diritti, come spesso ripete una certa retorica, ma anche l'imposizione di nuovi doveri, per la semplice ragione che i diritti di qualcuno, se devono avere consistenza giuridica e non essere soltanto *status vocis*, saranno anche per logica necessità i doveri di qualcun altro. Va peraltro considerato che, mentre lo sviluppo della giurisprudenza in materia di famiglia di fatto era stato sollecitato anche e soprattutto dall'esigenza di venire incontro alle posizioni di quanti per qualche ragione non potevano sposarsi, la nuova legge fa invece riferimento solo a soggetti che, se lo volessero, potrebbero scegliere la strada del matrimonio, o dell'unione civile, per cui si potrà certo supporre che alcuni di loro non desiderino affatto la giuridicizzazione del rapporto affettivo che li lega. Beninteso, gli interessati, specie se benestanti e titolari di diritti su più immobili, potrebbero tentare di risolvere il problema dichiarando fittiziamente delle residenze distinte, ma occorre ricordare che, almeno secondo i primi interpreti, laddove sussistano i presupposti di legge anche in mancanza della dichiarazione anagrafica ex art. 1, comma 37, l. 76 del 2016, che è strumento privilegiato di prova ma non elemento costitutivo della convivenza, la nuova disciplina troverebbe comunque applicazione (cfr. TRIB. MILANO, 31 maggio 2016, in www.ilcaso.it).

Paradossalmente assumono invece minore interesse le disposizioni dettate con espresso riferimento ai cosiddetti contratti di convivenza, in quanto un legislatore quantomeno approssimativo ha così qualificato degli accordi che sono stati però configurati come privi di vera vincolatività in senso contrattuale e che, non potendo peraltro contenere condizioni o termini, sarebbero comunque inidonei a svolgere una funzione di preventiva regolazione della crisi familiare³⁷. Beninteso, tutto ciò non esclude che nei rapporti patrimoniali tra conviventi possano continuare a trovare posto manifestazioni atipiche di autonomia contrattuale, ed anzi le disposizioni in parola potrebbero pure essere lette come un'ulteriore conferma dell'ormai risalente apertura alla negozialità in tale ambito, ma si tratterà di ipotesi quasi mai riconducibili alla fattispecie oggi tipizzata con il *nomen juris* del contratto di convivenza. Con ogni probabilità tali esiti sono stati la conseguenza di un tentativo legislativo di comporre prospettive divergenti in materia di convivenze, finendo per accogliere tutta una serie di istituti prospettati da parti diverse³⁸, per cui ad almeno uno di essi non si è infine più saputo bene quale concreto ruolo destinare³⁹, il

37. Invero, ai sensi dell'art. 1, comma 69 lett. b, della l. 76 del 2016 gli impegni nascenti dai cosiddetti contratti di convivenza non vengono configurati come negozialmente vincolanti ma sono liberamente revocabili con l'esercizio di un diritto di recesso, previsto in capo ad ambo le parti senza nessuno dei limiti di cui all'art. 1373 c.c., mentre, ai sensi del comma 56, gli stessi accordi non possono contenere condizioni o termini. Insomma, non vediamo come si potrebbe inserire in tale contesto una regolamentazione riferita all'evento futuro ed incerto della crisi familiare, ed in ogni caso ciascuna delle parti sarebbe libera di svincolarsi in qualunque momento dagli impegni assunti. La dottrina tende giustamente ad assumere un atteggiamento piuttosto critico nei confronti della figura in esame: cfr. F. MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *giustiziavivile.com*, 23 giugno 2016; G. VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1189 ss.; G. DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50 ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 694 ss.

38. Com'è noto, il testo presentato in sede parlamentare dalla senatrice M. Cirinnà è nato da una faticosa sintesi di almeno tre diverse impostazioni. Alcuni, infatti, richiamandosi ai modelli stranieri, richiedevano l'apertura agli omosessuali del matrimonio (come in Spagna, Francia, Gran Bretagna, *etc.*) o di un istituto quanto più possibile simile ad esso (come in Germania, Austria e Svizzera). Altri proponevano, invece, di istituire una distinzione fra il matrimonio tradizionale, che sarebbe dovuto rimanere l'unico a poter godere di uno statuto di rilievo anche pubblicistico, e le altre forme di unione che avrebbero dovuto essere destinate di una diversa giuridificazione da attuarsi solo col ricorso all'autonomia privata. Altri ancora, seguendo la linea che era stata fatta propria già dal Ministro R. Bindi, quando nel 2007 tentò con poca fortuna di sottoporre alle Camere il progetto noto con l'abbreviazione giornalistica Di.Co., puntavano su una disciplina che conferisse rilievo giuridico al fatto della convivenza, prescindendo dall'identità di genere dei soggetti coinvolti e dagli schemi formali eventualmente utilizzati. Il d.d.l. unificato, dunque, per far convergere il più ampio consenso parlamentare, ha finito con l'introdurre tutti e tre gli istituti proposti: il quasi matrimonio per le coppie omosessuali, il cosiddetto contratto di convivenza, e la disciplina della convivenza intesa come mero fatto. Naturalmente, aver messo assieme soluzioni che in origine si ponevano come alternative non poteva non generare frizioni, mentre alla non piena armonia delle sistemazioni elaborate ha certo contribuito anche un dibattito parlamentare sbilanciato verso i profili ideologici della questione, che sembra aver impedito un'approfondita meditazione delle scelte di tecnica legislativa.

39. Da una parte, infatti, la scelta di ricollegare gli effetti giuridici al mero fatto della convivenza, facendone anzi il presupposto per l'eventuale stipula del contratto, ha tolto a quest'ultimo la possibile funzione di essere il

che ha determinato lo stravolgimento dell'originaria proposta di matrice notarile dedicata alle pattuizioni in discorso, che aveva avuto di mira la disciplina di veri e propri contratti finalizzati anche e soprattutto a consentire la regolamentazione anticipata dei profili patrimoniali attinenti all'eventuale rottura del rapporto⁴⁰.

Nel frattempo, però, un altro testo propositivo elaborato nel medesimo contesto e non a caso fondamentalmente analogo nel contenuto, ma dedicato all'introduzione dei patti prematrimoniali destinati a regolare la crisi del rapporto coniugale, è confluito in un diverso disegno di legge oggi ancora all'esame del Parlamento⁴¹. Sarebbe certamente

mezzo con cui le parti scelgano se giuridificare o meno il loro rapporto, anche perché la gran parte degli effetti in questione hanno senso proprio in quanto coinvolgono posizioni di terzi, su cui non si sarebbe comunque potuto incidere in via contrattuale. Dall'altra parte, la scelta di introdurre l'unione civile omosessuale ha implicato il definitivo superamento dell'idea che certe relazioni non potrebbero avere un riconoscimento pubblico, ma dovrebbero accontentarsi dello strumento contrattuale. Il nuovo negozio fatica dunque a trovare una sua identità e funzione, come evidenziano anche le indicazioni legislative circa i suoi possibili contenuti, che vanno dall'improbabile ipotesi dei conviventi che, pur potendo sposarsi o unirsi, preferiscano non farlo ma vogliano comunque istituire quel regime di comunione legale dei beni da cui i coniugati di norma rifuggono (art. 1, commi 53, lett. *c*, e 54, della l. 76 del 2016), a quella di un accordo che pretenderebbe di vincolare le parti in ordine alla fissazione della residenza oppure alla scelta se intraprendere o meno una certa attività lavorativa ai fini della contribuzione ai bisogni della famiglia (comma 53, lett. *a-b*), e che possiamo considerare coerente col quadro delle libertà costituzionali solo in ragione della già ricordata natura non vincolante, e perciò non realmente contrattuale, di tali impegni liberamente revocabili. L'incertezza sulla natura di tali negozi si riflette peraltro in quella circa la loro eventuale sussunzione nel novero delle forme di *registered partnership* cui dal 2019 sarà applicabile il nuovo reg. UE 1104/2016, nel quale il considerando n. 16 include solo le situazioni in cui si sia avuta una "*registration with a public authority*", escludendo quelle meramente fattuali: la nostra fattispecie, infatti, da un lato, è stata inserita dal legislatore interno nell'ambito della disciplina delle convivenze di fatto non formalizzate come matrimoni né come unioni civili, ma, dall'altro, è stata assoggettata a prescrizioni che ne implicano una formalizzazione dinanzi a pubblici ufficiali ed un inserimento nei pubblici registri.

40. Il riferimento è alla proposta sui Patti di Convivenza presentata in occasione del XLVI Congresso Nazionale del Notariato del 13-15 ottobre 2011 (cfr. G. LAURINI, *I patti di convivenza: dalla proposta del Notariato al testo unificato del Senato*, in *Notariato*, 2014, p. 353 ss., e G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2014, pp. 88-96; ID., *I contratti di convivenza nei progetti di legge*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 165 ss.), il cui art. 1986 *sexies*, nn. 3-4, c.c., dichiaratamente ispirato al celebre motto "*tanto più notaio, tanto meno giudice*" (F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 921 ss.), affidava ai negozi in discorso, configurati come veri contatti vincolanti, la funzione di prevenire futuri contenziosi tramite un'accorta predeterminazione, anche in deroga al divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c., degli aspetti patrimoniali dell'eventuale crisi familiare.

41. I contenuti dell'ipotetica norma richiamata alla nota che precede si ritrovano, infatti, oggi nel d.d.l. *bipartisan* n. 2669 sugli accordi prematrimoniali, nel quale del resto tali contenuti sono arrivati proprio grazie alla recezione di un'altra proposta elaborata in seno a quello stesso Congresso notarile del 2011: cfr. F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 191 ss. Si tenga presente che il d.d.l. in parola è stato presentato alla Camera dei Deputati in data 15 ottobre 2014, ma il suo esame in Commissione Giustizia risulta iniziato solo in data 23 febbraio 2017, ed ovviamente siamo ancora ben lungi da una discussione in Aula, per non parlare di una futuribile seconda lettura da parte del Senato. Tutto ciò contribuisce anche a spiegare perché il testo del d.d.l. non faccia cenno alle unioni civili o alle convivenze di cui alla l. 76 del 2016, ma è certamente auspicabile che lo stesso venga emendato sul punto.

auspicabile che l'*iter* di tale nuovo provvedimento possa rappresentare anche l'occasione per ritornare sui profili attinenti ai rapporti tra conviventi, onde evitare che costoro, per i quali il problema della disposizione dello *status* evidentemente non si pone, finiscano per ritrovarsi soggetti ad una disciplina paradossalmente molto più rigida di quella che il prossimo futuro potrebbe prospettare ai coniugati. Ad ogni modo, l'approvazione della normativa ora in discussione rappresenterebbe pure il compimento del percorso cui alludevamo, in quanto il d.d.l. si propone anche di legittimare i patti tra coniugi relativi a vicende ereditarie, con l'introduzione di una nuova espressa eccezione al sempre più traballante divieto dei patti successori⁴².

4. Profili contenutistici dei nuovi accordi: tra patrimonialità e non patrimonialità.

Occorre spendere qualche ulteriore considerazione con riguardo agli ipotizzabili contenuti di questo genere di patti, quasi moderne versioni di quelli cui abbiamo fatto cenno all'inizio, che la prassi già oggi inizia ad elaborare e che il nuovo intervento legislativo dovrebbe prima o poi legittimare definitivamente. Potremmo dunque avere discipline negoziali attinenti alla sorte del patrimonio familiare in caso di scioglimento del rapporto per morte o per divorzio, e quindi clausole riguardanti la divisione dei beni comuni, l'estinzione o la costituzione di vincoli destinatori⁴³, le restituzioni o le dazioni periodiche in favore di una delle parti. Potremmo anche incontrare previsioni attinenti al regime delle eventuali vicende devolutive che in caso di rottura del rapporto si vuole interessino gli apporti al patrimonio familiare forniti da soggetti terzi⁴⁴, e non escluderemmo nemmeno il ricorso a pattuizioni che mirino a neutralizzare gli effetti ereditari potenzialmente destabilizzanti che un nuovo matrimonio rischierebbe di produrre su certi assetti aziendali⁴⁵.

42. L'art. 2 del predetto d.d.l. 2669 introdurrebbe nel Codice Civile un art. 162 *bis*, il cui comma 8 dovrebbe espressamente prevedere che *“con gli accordi prematrimoniali, in deroga al divieto dei patti successori e alle norme in materia di riserva del coniuge legittimario, possono essere previste anche norme per la successione di uno o di entrambi i coniugi, fatti salvi i diritti degli altri legittimari?”*.

43. Il comma 3 dell'ipotetico art. 162 *bis* c.c. contiene infatti un espresso riferimento all'utilizzo dell'art. 2645 *ter* c.c. nell'ambito degli accordi prematrimoniali, mentre un ulteriore richiamo alla destinazione patrimoniale ricorre poi al comma 6. Nell'esercizio della loro autonomia le parti potranno magari fare ricorso anche ai *trusts*.

44. Il d.d.l. 2669 non fa cenno all'eventuale intervento di terzi nell'accordo, ma riterremmo che l'autonomia privata, ai sensi di quell'art. 1322 c.c. cui anche questi contratti sarebbero pur sempre soggetti, potrebbe ad esempio prospettare l'ipotesi, non immeritevole di tutela, dei suoceri che intendano attribuire un *asset* alla nuova coppia, ma intendano prestabilire che in caso di rottura del rapporto lo stesso dovrà restare destinato ai bisogni dei nipoti nati, senza che il genero o la nuora possano appropriarsene liberamente.

45. Potremmo pensare che l'autonomia privata, anche sulla base di esperienze che non sono rare nel mondo anglosassone, finisca per elaborare una qualche combinazione tra l'accordo prematrimoniale ed il patto di famiglia ex art. 768 *bis* c.c. ss., allo scopo di limitare l'incidenza del nuovo matrimonio sulle aspettative dei figli di primo letto, magari già inseriti nella vita dell'azienda, circa la devoluzione ereditaria della stessa.

In tutti i casi, alla luce della rilevanza non soltanto patrimoniale che tali vicende necessariamente assumono, avrà particolare importanza l'esigenza di garantire, sin dal momento della stessa redazione dell'accordo, un controllo contenutistico più penetrante di quello che riguarda gli ordinari atti di autonomia contrattuale⁴⁶, ma anche quella di consentire, al momento della sua esecuzione magari a distanza di anni dalla stipula, una possibilità di elastico adeguamento alle sopravvenienze, che tenga conto di tutti gli interessi in gioco⁴⁷. Entrambi questi profili risulteranno peraltro esaltati laddove si tratti di accordi tali da incidere sul delicatissimo profilo delle modalità di gestione dei rapporti con i figli in caso di scioglimento del rapporto familiare⁴⁸.

Peculiari problematiche potrebbero poi essere poste da patti attinenti alla sorte, in caso di crisi familiare o di decesso di una delle parti, di quelle entità che ricadono non più nell'ambito del patrimonio ma non ancora in quello della filiazione, ovvero i gameti o gli embrioni crioconservati nell'ambito di un procedimento di procreazione assistita che fosse in corso al momento della fine del rapporto. Invero, l'aspirazione a costituire, per il tramite di opportune *fictiones* giuridiche, una filiazione, anche in capo a chi non avesse avuto tempo e modo di procreare in vita, è antichissima⁴⁹, ma i più recenti sviluppi

46. Il d.d.l. 2669 prevede che l'accordo in questione debba essere necessariamente redatto con l'assistenza di professionisti qualificati, cioè il notaio oppure gli avvocati in sede di negoziazione assistita (art. 162 *bis*, comma 1) e stabilisce limiti contenutistici, quali l'impossibilità per ciascuna parte di disporre di più della metà del proprio patrimonio (art. 162 *bis*, comma 4) e l'irrinunciabilità del diritto agli alimenti ex art. 433 c.c., pur a fronte della libera disponibilità preventiva di quello al mantenimento (art. 162 *bis*, comma 5).

47. La distanza temporale tra l'accordo e la sua esecuzione sarà massima qualora lo stesso sia stato davvero prematrimoniale, ma potrà essere notevole anche qualora la stipula sia avvenuta in un diverso momento successivo alle nozze e precedente la crisi del rapporto coniugale, come sarebbe previsto dall'art. 162 *bis*, comma 10. Quanto agli strumenti utilizzabili per rendere possibile tale adeguamento, il d.d.l. menziona espressamente clausole di adeguamento automatico del valore delle attribuzioni patrimoniali stabilite dall'accordo prematrimoniale (art. 162 *bis*, comma 7), ma la prassi potrà ricorrere anche, ad esempio, a clausole di rinegoziazione: cfr. M. PALAZZO, *Epicedio*, cit., p. 1522, ntt. 76-77, che si richiama sul punto a S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 179 ss.

48. L'ipotizzato art. 162 *bis*, comma 2, propone l'introduzione, per gli accordi prematrimoniali riguardanti i figli minori o economicamente non autosufficienti, di un procedimento di autorizzazione da parte del Pubblico Ministero esemplato su quello che il già citato d.l. 132 del 2014 ha introdotto per i corrispondenti accordi stipulati in sede di negoziazione assistita all'atto della separazione, del divorzio o della modifica delle relative condizioni. Taluno potrebbe obiettare che un accordo preventivo circa i rapporti con i figli non potrebbe tenere adeguatamente in conto i concreti *best interests* dei minori coinvolti, ma occorre ricordare come analoghe intese, di carattere a loro modo certamente preventivo, siano stati già ammesse *de iure condito*. TRIB. MANTOVA, 4 aprile 2017, in www.ilcaso.it, ha infatti ritenuto omologabile l'accordo raggiunto in sede di separazione consensuale con riferimento ai rapporti con il figlio ancora nascituro.

49. Nel mondo vedico era considerata in termini moralmente positivi la pratica del *niyoga*, consistente nel congiungersi con una vedova al solo scopo di concepire un figlio che sarebbe stato attribuito al defunto marito, garantendogli così una discendenza, mentre il fecondatore avrebbe rinunciato ad ogni rapporto col nato e con la donna (*Mahabharata, Adi Parva, 105*; cfr. G.H. SUTHERLAND, *Bija (seed) and Ksetra (field): Male surrogacy or niyoga in the Mahabharata*, in *Contribution to Indian Sociology*, 1990, 1, pp. 77-103; S. SAHGAL, *Niyoga [Levirate]: Conflict Resolution to Bruised Masculinity in Early India*, in *International Journal of Social Science and Humanity*, 2016, 4, pp. 303-308).

delle biotecnologie riproduttive⁵⁰ hanno prospettato anche alla nostra giurisprudenza, per ora solo a livello di merito, inedite questioni con riguardo alle decisioni da prendere circa la sorte di tali entità nel caso di morte di una delle parti⁵¹ o di rottura del loro

In maniera parzialmente analoga, secondo la legge mosaica l'istituto dello *yibbum*, o levirato, imponeva al *go'el*, cioè al fratello o comunque al parente più prossimo del deceduto, di sposare la cognata vedova, e la paternità del primo nato da tale unione veniva in ogni caso attribuita al defunto (*Genesi*, 38, 8-10; *Deuteronomio*, 25, 5-10; *Rut*, 4, 13-17). Pratiche sociali analoghe ed ulteriori varianti fanno tuttora parte del diritto consuetudinario, non sempre riconosciuto dalle autorità statuali, di varie genti africane, dagli Igbo della Nigeria ai Nuer ed ai Dinka del Sud-Sudan (cfr. U. EWELUKWA, *Posthumous Children, Hegemonic Human Rights and the Dilemma of Reform: Conversations Across Cultures*, in *Hastings Women's L. J.*, 2008, pp. 211-258). D'altronde, anche nella nostra tradizione giuridica ad analoghe esigenze rispondeva l'istituto, noto sia al diritto romano sia al *Code Napoléon*, dell'adozione testamentaria, di cui autorevole dottrina propone tuttora una reviviscenza (cfr. G. BONILINI, *Sulla adozione per testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, Milano, 2009, pp. 381-389). Quando la scienza moderna ha iniziato a chiarire il funzionamento della riproduzione umana, la stessa aspirazione è quindi riemersa con la proposta di conservare lo sperma dei soldati, per poter dare ai caduti una discendenza (P. MANTEGAZZA, *Fisiologia sullo sperma umano*, in *Rend. Reale Ist. Lombardo*, 3, 1866, p. 183), e dopo circa cent'anni l'ipotesi è stata tradotta in pratica con il seme dei primi astronauti, di cui si temeva che, anche qualora fossero riusciti a rientrare, le radiazioni spaziali avrebbero compromesso le capacità riproduttive (W.B. LEACH, *Perpetuities in the Atomic Age: The Sperm Bank and the Fertile Decedent*, in *American Bar Association J.*, 1962, p. 942).

50. La crioconservazione dei gameti dei militari è ormai divenuta, specie dopo le campagne mesopotamiche contro un nemico che si temeva dotato di armi chimiche letali o quantomeno molto dannose per la fertilità, una prassi corrente nell'esercito statunitense (cfr. M. DOUCETTPERRY, *To Be Continued: A Look at Posthumous Reproduction As It Relates to Today's Military*, in *The Army Lawyer*, 2008, p. 1). Peraltro, come accade di consueto, una tecnica sviluppata con i potenti mezzi dell'industria bellica ha portato anche ad applicazioni civili, per cui si ricorre diffusamente alla crioconservazione dei gameti con riguardo ai pazienti oncologici o a chi vuole rinviare la genitorialità per ragioni di carriera (cfr. L. MARTINELLI & AL., *Social egg freezing: a reproductive chance or smoke and mirrors?*, in *Croatian Medical J.*, 2015, p. 387). In tutti i casi, il meccanismo è analogo: nella migliore delle ipotesi il militare tornato dal fronte con capacità riproduttive compromesse, o il paziente sottoposto alla chemioterapia o la persona ormai anziana ma professionalmente soddisfatta, potrà utilizzare i suoi gameti crioconservati, mentre nell'ipotesi peggiore degli stessi si avvarrà il *partner* superstite per realizzare una fecondazione postuma. Peraltro, dove è ammessa la surrogazione di maternità, come in California o in Israele, può anche accadere che ad essere utilizzati *post mortem* siano gli ovociti oppure che di qualunque tipologia di gameti, crioconservati o addirittura prelevati da cadavere, si avvalgano i genitori del/la deceduto/a, che magari non aveva affatto un *partner*, allo scopo di generare un nipote tramite una procedura eterologa (cfr. J. CLARKE, *Dying to be Mommy: Using Intentional Parenthood as a Proxy for Consent in Posthumous Egg Retrieval Cases*, in *Michigan State L. Rev.*, 2012, p. 1331). In altri contesti le motivazioni possono essere del tutto differenti: pare, ad esempio, che in Cina all'indomani dell'abolizione della legge sul figlio unico, sostituita da direttive che vanno in senso opposto, molte persone abbiano avviato i procedimenti tesi allo scongelamento degli embrioni prodotti in passato, quando un loro impianto avrebbe avuto conseguenze penali gravissime, magari con l'apporto di un *partner* che adesso non c'è più (cfr. A. ACQUARO, *La carica dei bimbi venuti dal passato la Cina scongela anni di embrioni*, in *la Repubblica*, 12 ottobre 2016).

51. TRIB. PALERMO, 8 gennaio 1999, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 52, con nota di M. DOGLIOTTI; nonché più di recente TRIB. BOLOGNA, 16 gennaio 2015, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 488, con nota di A. SCALERA, ed in *Corr. giur.*, 2015, p. 933, con nota di L. ATTADEMO, hanno ritenuto che vada accolta la richiesta della vedova che intende impiantare nel proprio utero l'embrione concepito *in vitro* quando il marito era ancora in vita, quindi nel pieno rispetto delle norme, ancorché dal decesso dell'uomo siano passati anni. Peraltro, la stampa ha dato notizia anche di un'ulteriore vicenda decisa in senso analogo dal Trib. Reggio Emilia, con sentenza a quanto ci consta inedita (cfr. *Embrione dal compagno morto. Al Santa Maria il primo impianto*, in *Gazzetta di Reggio*, 19 aprile 2015). Ad ogni modo, tali vicende non riguardano solo il nostro Paese: anche in Germania il divieto di fecondazione

rapporto⁵², mentre in altri ordinamenti non sono mancate soluzioni che a tal fine hanno assai valorizzato il rilievo vincolante di quanto programmato in proposito dagli interessati nell'esercizio della loro autonomia negoziale⁵³. Avendo riguardo al nostro ordinamento, riterremmo che una soluzione equilibrata potrebbe essere ricercata riflettendo anzitutto sulla distinzione fra le due ipotesi in esame, quella dei gameti e quella degli embrioni⁵⁴.

Nel primo caso abbiamo a che fare con delle parti staccate del corpo ovvero con delle *res*, che in linea di massima possono essere oggetto di atti di disposizione⁵⁵, per cui sarebbero

post mortem ai sensi del § 4 dell'*Embryonenschutzgesetz*, 13 dicembre 1990, non ha impedito ad OLG ROSTOCK, 7 maggio 2010, in *FamRZ*, 2010, p. 1117, di ordinare la consegna ad una vedova dei suoi ootidi, congelati quando il marito era ancora in vita, dopo che vi era stato iniettato il seme ma non si era ancora realizzata la singamia, con l'argomento che si sarebbe trattato di una mera *rei vindictio* dei gameti (cfr. M. KRÜGER, *The Prohibition of Post-mortem Fertilization, Legal Situation in Germany and European Convention on Human Rights*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2011, 1, pp. 41-64, per osservazioni critiche ed ulteriori riferimenti).

52. TRIB. ROMA, 19 luglio 2013, in www.diritto24.ilssole24ore.com, ha affermato che ogni decisione sull'eventuale impianto compete solo alla donna, senza che l'*ex-partner* maschile abbia voce in capitolo, in quanto un suo dissenso sarebbe addirittura equiparabile alla volontà, evidentemente immeritevole di tutela, di chi volesse imporre alla propria donna di interrompere la gravidanza. Al contrario, la giurisprudenza americana ed europea ha invece avuto varie occasioni di ritenere legittima la richiesta dell'uomo di ottenere la distruzione dei suoi embrioni crioconservati, dopo la fine del rapporto con la madre (cfr. SUPR. COURT TENNESSEE, 1 giugno 1992, caso *Davis vs. Davis*, CEDU, 10 aprile 2007, caso *Evans vs. United Kingdom*, SUPR. COURT IRELAND, 15 dicembre 2009, caso *Roche vs. Roche*, MISSOURI COURT APPEALS, 15 novembre 2016, caso *McQueen vs. Gadberrry*).

53. È il caso soprattutto del diritto americano. In ordine alla vincolatività degli accordi intercorsi tra le parti circa la sorte degli embrioni in caso di crisi familiare si veda ILLINOIS APPEAL COURT, 12 giugno 2015, caso *Szafranski vs. Dunston*, che ha attribuito alla donna il diritto di impiantare gli embrioni nonostante la contraria volontà dell'*ex-partner* in quanto ha riconosciuto l'esistenza di una previa intesa in tal senso fra i coniugi, ma va segnalato anche un caso pendente in California, relativo alla rottura del rapporto fra la nota attrice Sophie Vergara ed il suo *partner*, in cui è l'uomo a chiedere l'impianto degli embrioni in una surrogata, mentre la *celebrity* sta facendo valere le previsioni del contratto prematrimoniale per impedirlo. Quanto invece alla rilevanza di analoghe statuizioni di fonte testamentaria si veda CALIFORNIA 2ND DISTRICT COURT APPEAL, 17 giugno 1993, caso *Hecht vs. Kane*, 20 *Cal.Rptr.2d* 275, che ha riconosciuto la validità del testamento di un facoltoso professionista morto suicida, il quale aveva legato il proprio seme crioconservato all'amante ed aveva quindi istituito erede il prodotto della prevista fecondazione postuma, nonostante la furibonda reazione giudiziaria dei figli legittimi (cfr. G.E. BAILEY, *An analytical framework for resolving the issues raised by the interaction between reproductive technology and the law of inheritance*, in *De Paul Law Rev.*, 1998, pp. 743-781. S. STEVENSON-POPP, "I Have Loved You in My Dreams": *Posthumous Reproduction and the Need for Change in the Uniform Parentage Act*, in *Catholic University L. Rev.*, 2003, 3, pp. 727-760).

54. Sul punto si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a quanto più dettagliatamente esposto in M. RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, 3, pp. 29-48. Occorre però avvertire che la distinzione tra le due ipotesi è solo apparentemente semplice, come dimostra ad esempio il ricordato caso degli ootidi (OLG ROSTOCK, 7 maggio 2010, *cit.*), in cui si è manifestato in tutta la sua complessità il più generale problema di come stabilire i confini giuridici della nozione di embrione (cfr. M. RIZZUTI, *Il problema di definire la vita nascente*, in F. CORTESI, M. TOMASI, *Le definizioni nel diritto*, Trento-Napoli, 2016, pp. 247-265).

55. Il riferimento è alla regola che nel nostro ordinamento viene espressa dall'art. 5 c.c., sulla quale si possono vedere J.P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, 1993; S. STEFANELLI, *Auto-determinazione e atti di disposizione del corpo*, Perugia-Roma, 2011; C.M. MAZZONI, *Per uno statuto del corpo*, Milano, 2008. Beninteso, non ignoriamo che una regola pensata con riferimento ad ipotesi d'altri tempi, quali la vendita

valide le clausole con cui si pattuisca la loro distruzione oppure la donazione a fini di fecondazione eterologa in caso di fine del rapporto familiare. Resterebbe invece esclusa l'ammissibilità di una pattuizione che ne preveda la conservazione per futuri utilizzi da parte di quella che sarebbe oramai una persona *single*, oppure a fini di fecondazione omologa *post mortem* della parte superstite, in quanto tali previsioni contrasterebbero con il disposto di una esplicita norma imperativa⁵⁶, ma occorrerà tener conto di come le stesse potrebbero avere un valore decisivo per un ordinamento straniero che tale pratica ammetta⁵⁷ e che a tale consenso ricollegghi effetti in punto di *status*⁵⁸, eventualmente opponibili pure alle autorità italiane in nome dei *best interests*

del latte della balia o quella dei capelli al fabbricante di parrucche, è messa a dura prova dal confronto con il mondo delle biotecnologie. Per un esempio assai significativo si pensi alla sentenza circa la sottrazione forzata di ovociti che, sul presupposto della non riducibilità degli stessi a *res mobiles* prima della separazione dal corpo, ha finito paradossalmente per derubricare l'ipotesi da rapina a violenza privata (CASS., 23 settembre 2016, n. 39541, in www.giurisprudenzapenale.com), laddove sarebbe stato semmai opportuno un irrigidimento della sanzione, magari grazie ad una rinnovata interpretazione che consentisse di riferirsi alla fattispecie delle lesioni o a quella della violenza sessuale. Peraltro, dalla stampa apprendiamo che la medesima vicenda ha condotto poi ad un provvedimento di sequestro degli embrioni prodotti con tali ovociti, trattati dunque a loro volta quasi come delle *res*, in vista di una delicatissima operazione di individuazione dei soggetti titolari (cfr. *Caso Antinori, caos embrioni dopo il dissequestro: 500 quelli da restituire alle coppie*, in *la Repubblica*, 28 febbraio 2017).

56. Il riferimento è all'art. 5 della l. 19 febbraio 2004, n. 40, in cui, tra i requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, si indica anche la necessaria sussistenza di una coppia di persone entrambe viventi. Occorre però precisare che dall'ipotesi vietata vanno tenute distinte sia quella dell'impianto postumo di un embrione prodotto quando tutti i requisiti sussistevano, come abbiamo appena visto ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza, sia quella che potremmo considerare una fecondazione eterologa *post mortem*, evenienza ovviamente non prevista nel quadro originario della l. 40 del 2004 (prima di CORTE COST., 10 giugno 2014, n. 162, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1005), ma che oggi può avere luogo, in quanto non sussistono meccanismi che consentano, né tantomeno impongano, di verificare se il datore di gameti sia ancora in vita al momento dell'utilizzo del suo materiale genetico.

57. Com'è noto, in tempi di globalizzazione giuridica e di turismo riproduttivo, anche le pratiche proibite da una legge nazionale non sono certamente irraggiungibili. Basti pensare alla recente sentenza inglese che ha autorizzato una donna ad esportare negli Stati Uniti gli ovociti crioconservati della figlia deceduta, allo scopo di procedere ad una surrogazione *post mortem* secondo le volontà di quest'ultima, mentre in patria sarebbe stata possibile solo quella realizzata col seme di un uomo deceduto (ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL - CIVIL DIVISION, 30 giugno 2016, caso *Mr. & Mrs. M. vs. HFEA*, [2016] EWCA Civ 611). Vanno peraltro ricordate anche le coeve decisioni francesi che hanno autorizzato due vedove ad esportare gli spermatozoi congelati dei rispettivi mariti defunti, benché nell'Esagono dopo i clamori suscitati dal caso *Parpalaix* la *Loi* 29 luglio 1994, n. 654, avesse vietato anche l'inseminazione *post mortem*: in particolare, CONSEIL D'ÉTAT, 31 maggio 2016, ne ha consentito l'esportazione ad una vedova spagnola, già rientrata nel suo Paese, che ammette tale pratica, dopo il decesso del marito, mentre TRIB. ADM. RENNES, 11 ottobre 2016, ha invece addirittura autorizzato una cittadina francese, la quale invocava ai sensi dell'art. 8 Conv. EDU il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. Sembra, peraltro, ragionevole supporre che tali interventi giudiziari siano stati necessari soltanto perché i gameti erano depositati presso dei centri controllati da pubbliche autorità contrarie alla loro esportazione, ma che, se essi fossero invece stati nella diretta disponibilità dei privati interessati, il tutto si sarebbe svolto senza clamori, com'è probabilmente già accaduto in altre occasioni.

58. Ci limiteremo a tre soli esempi, tratti dall'ordinamento di Paesi piuttosto vicini al nostro. In Spagna l'art. 9 della *Ley* 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, regola varie forme di documentazione del consenso del defunto marito all'utilizzo del suo seme, entro i dodici mesi successivi al decesso, per fecondare la

del nato⁵⁹. Al contrario, laddove si tratti di embrioni, e quindi di entità cui si tende ormai a riconoscere una sia pur relativa e contingente soggettività⁶⁰, l'eventualità di un atto di disposizione non sembra essere validamente configurabile. D'altronde, risulterebbero inammissibili, per contrasto con varie proibizioni legali, le ipotizzabili clausole che pretendano di regolarne la

vedova, ma precisa anche che, mentre la fecondazione *post mortem* effettuata nel rispetto tali previsioni “*producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial*”, compresi quelli ereditari, al contrario in mancanza del consenso dell'uomo “*No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna*”. In Grecia, invece, è l'art. 1457 dell'Αστικός Κώδικας a prevedere che il giudice possa autorizzare una fecondazione *post mortem*, verificando la sussistenza del duplice presupposto che il marito sofferisse di una malattia che ne colpiva la fertilità e metteva in pericolo la vita, e che lo stesso avesse consentito con atto notarile (συμβολαιογραφικό έγγραφο) all'utilizzo postumo dei suoi gameti; dopodiché la fecondazione deve essere realizzata non prima di sei mesi dal decesso e non oltre due anni da tale momento. Una recente sentenza ateniese di merito (ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΑ ΤΩΝ ΑΘΗΝΩΝ, n. 5146 del 2007, in *Εφαρμογές Αστικού Δικαίου*, 2010, p. 940) ha però ammesso la fecondazione *post mortem* sulla base di un consenso maritale espresso in un testamento olografo, suscitando le critiche della dottrina, in quanto la norma citata prevede appunto la necessità di un atto notarile e per l'importanza dei valori in gioco andrebbe considerata di *jus strictum* (cfr. D. PAPADOPOULOU KLAMARIS, *Post mortem artificial fertilization and surrogacy in practice*, in *Culture and Research*, 2016, 5, pp. 81-90). Quanto ai profili ereditari l'art. 1711 dell'Αστικός Κώδικας estende espressamente la possibilità di succedere al genitore premorto anche ai nati da riproduzione artificiale postuma (μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση). Infine, in Gran Bretagna all'indomani delle polemiche suscitate dal caso *Blood* (cfr. B. SIMPSON, *Making 'Bad' Deaths 'Good': The Kinship Consequences of Posthumous Conception*, in *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 2001, 1, pp. 1-18), è stato emanato lo *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003*, in base al quale il genitore genetico deceduto è considerato padre a tutti gli effetti di legge, purché egli abbia consentito “*in writing*”, senza mai revocare tale consenso, all'uso postumo dei suoi gameti.

59. Si deve ricordare che, dopo la riforma del 2012-2013, il nostro sistema non conosce più la categoria dell'irriconeoscibilità assoluta dei figli, per cui può ormai considerarsi principio generale quello che le modalità anche criminose della procreazione non possono ripercuotersi in termini di diniego dello *status* ai danni del nato, evidentemente innocente. Invero, quanto alla comparativamente più grave ipotesi della maternità surrogata, i giudici europei hanno ritenuto inammissibile il diniego di riconoscimento dello *status filiationis* frapposto in nome dell'*ordre public* dalle autorità francesi con riguardo al rapporto tra il soggetto nato all'estero da una gestante sostitutiva ed il genitore genetico (CEDU, 26 giugno 2014, casi *Menneson c. France* e *Labassee c. France*), per cui riterremmo percorribile un ragionamento analogo pure con riguardo alla fecondazione *post mortem*. A tal fine risulterà però di fondamentale importanza il profilo del consenso della parte deceduta: da una parte, infatti, in sua assenza nella maggior parte dei casi lo *status filiationis* non si costituirebbe nemmeno nel Paese straniero, e, d'altra parte, tale impostazione risponde anche alla logica del nostro ordinamento, in cui l'art. 9 della l. 40 del 2004 attribuiva conseguenze giuridiche, in termini di divieto del disconoscimento di paternità o dell'anonimato materno, e quindi in sostanza di costituzione di uno *status filiationis*, al consenso fattualmente espresso nei confronti della realizzazione di una pratica proibita, ma agevolmente realizzabile all'estero, quale era la fecondazione eterologa.

60. Fra le norme che depongono in tal senso vanno segnalati i rispettivi artt. 1 delle leggi 29 luglio 1975, n. 405, 22 maggio 1978, n. 194, e 19 febbraio 2004, n. 40. Quanto alla giurisprudenza, possiamo ricordare gli orientamenti che ammettono la risarcibilità dei danni cagionati al nascituro da farmaci teratogeni assunti dalla madre in gravidanza (CASS., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, p. 141) o dalla morte del padre avvenuta durante lo stesso periodo (CASS., 10 marzo 2014, n. 5509, in *Dir. & Giust.*, 10 marzo 2014), ritengono nullo l'atto di scioglimento del fondo patrimoniale stipulato dai coniugi senza la partecipazione di un curatore speciale per il concepito (CASS., 8 agosto 2014, n. 17811, in *Riv. not.*, 2014, p. 970), ed escludono la brevettabilità dei metodi di produzione di linee cellulari staminali derivanti da embrioni umani (CGUE, 10 ottobre 2011, caso *Brustle*, nonché ID., 18 dicembre 2014, caso *Comptroller* benché in quest'ultima la nozione di embrione sia stata ristretta con l'esclusione dei cosiddetti partenoti).

distruzione, anche a fini di ricerca⁶¹, oppure l'impianto in una gestante sostitutiva⁶², e forse persino quelle attinenti ad un'adozione embrionaria⁶³. L'unica vicenda ammessa parrebbe dunque quella dell'impianto postumo nel grembo della madre, ma nemmeno questa potrebbe essere oggetto di un obbligo fondato su di vincolo negoziale⁶⁴, anche se riterremmo di non dover affatto escludere la percorribilità della diversa strada rappresentata da un accorto utilizzo dello strumento condizionale al fine di incentivare una scelta in tal senso⁶⁵.

61. Interventi giurisprudenziali del più elevato livello hanno recentemente confermato la legittimità del divieto di sperimentazione sugli embrioni umani previsto dall'art. 13 della l. 40 del 2004: cfr. CEDU, 27 agosto 2015, caso *Parillo*, che ha rigettato la logica proprietaria seguita dalla ricorrente, nonché CORTE COST., 13 aprile 2016, n. 84, in www.cortecostituzionale.it, che è pervenuta a conclusioni nella sostanza analoghe dal punto di vista del parametro interno asseritamente rappresentato dai principi costituzionali di tutela della salute e di promozione della ricerca scientifica.

62. La maternità surrogata rimane vietata, in tutte le sue forme, ai sensi dell'art. 12, comma 6, della l. 40 del 2004, e norme analoghe vigono del resto nella maggior parte dei Paesi europei. Di recente CEDU, 24 gennaio 2017, caso *Paradiso & Campanelli vs. Italy*, ha ritenuto legittima la condotta delle autorità italiane, che avevano delegato ogni tutela al rapporto tra i committenti ed il nato in seguito al ricorso ad una forma di surrogazione che non implicava alcun nesso genetico, e dunque in sostanza dagli stessi semplicemente acquistato *à prix d'argent* (cfr. M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, 2, pp. 89-108; D. ROSANI, "The Best Interests of the Parents". *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *Riv. Biodiritto*, 2017, 1, pp. 109-134).

63. Invero, una volta ammessa persino la doppia eterologa (ai sensi delle Linee Guida del Ministero della Salute emanate nel luglio 2015), che porta ad esiti biologici identici a quelli dell'ipotetica adozione embrionaria, risulta ormai irragionevole ai limiti dell'incostituzionalità che quest'ultima continui a non essere prevista, in un panorama che vede donatrici di gameti soggette ad invasive biopsie precedute da stimolazioni ormonali, coppie in attesa che tali donatrici si facciano avanti e, nella migliore delle ipotesi, la prospettiva di produrre nuovi embrioni, molti dei quali destinati a residuare come soprannumerari, mentre rimane inibito l'utilizzo di quelli che già esistono e non hanno alcuna possibilità di essere impiantati dalla coppia che li ha generati, in quanto è venuto meno ogni interesse ovvero perché i genitori sono morti. Si sono espressi a favore dell'introduzione di un qualche meccanismo di adozione degli embrioni abbandonati, tra gli altri: D. CARUSI, *La "donazione per la nascita" dell'embrione soprannumerario*, in *Biodiritto*, 2012, p. 5 ss.; M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per la nascita"*, in *Riv. Biodiritto*, 2014, 2, p. 135 ss.; A. NICOLUSSI, *Si può umanizzare la procreazione medicalmente assistita?*, ne *In margine al Sinodo 2014. Riflessioni in punto di diritto su matrimonio e famiglia*, Bari, 2014, p. 29 ss.; A. MORRESI, *Fecondazione eterologa in Italia: il perché di un vuoto normativo*, in *Diritto e processo*, 2014, p. 161 ss. In Germania, dove pure non è ammessa l'ovodonazione, si è pronunciato in favore dell'adozione embrionaria un autorevole organismo indipendente, comparabile al nostro comitato nazionale di bioetica (DEUTSCHER ETHIKRAT, 22 marzo 2016).

64. Basti ricordare la vicenda delle norme della l. 40 del 2004 che sembravano imporre l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto degli embrioni dopo la prestazione dell'irrevocabile consenso alla fecondazione, tutte cadute sotto la scure di CORTE COST., 8 maggio 2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1656.

65. Invero, il fine di agevolare la nascita del nuovo soggetto è meritevole di tutela e, poiché la condizione, secondo la nota definizione, sospende ma non obbliga, non sarebbe nemmeno violata la dignità della donna. Peraltro, occorre ricordare come le condizioni testamentarie che facciano riferimento all'avvenuta nascita dei figli dell'istituto siano state reputate lecite (cfr. APP. GENOVA, 11 febbraio 1998, in *Giur. it.*, 1999, p. 1633), e come un'analoga forma di incentivo alla procreazione sia prevista dallo stesso art. 699 c.c., mentre un'autorevole dottrina (M. PARADISO, *Le disposizioni testamentarie che afferiscono a diritti e a libertà personali*, in AA. VV., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, pp. 225-254) ha avuto modo di ricordare, anche in polemica con certe derive giurisprudenziali (cfr. CASS., 15 aprile 2009, n. 8941, in *Vita not.*, 2009, p. 777), l'importanza di un'interpretazione che non esageri la portata di una norma eccezionale quale è l'art. 636 c.c., ma consenta invece al disponente un più ampio utilizzo dello strumento condizionale al fine di gestire i propri interessi non patrimoniali *post mortem*.

“LIBERTÀ E FAMIGLIA”. OLTRE I RECINTI DISCIPLINARI: SENSIBILITÀ COSTITUZIONALISTICA DI UN CIVILISTA

ORLANDO ROSELLI

Prof. ordinario Università di Firenze

SOMMARIO: Premessa. 1. Un ausilio prezioso alla comprensione del contesto sociale e culturale del secondo dopoguerra. 2. La sofferta riflessione di un irrequieto giurista. 2.1. Una riflessione ‘bifronte’. 3. L’onestà intellettuale. 4. L’ampiezza degli orizzonti culturali. 5. Il ruolo del giudice in un ordinamento giuridico che si esprime sempre più per “principi, clausole generali o ‘fattispecie aperte’”. 6. Una piacevole sensazione.

Premessa.

Rileggendo il libro del 1979 di Giovanni Furguele, *Libertà e famiglia*¹, mi sono venute in mente due considerazioni.

La prima è quella che sviluppò Paolo Grossi in una celebre *Pagina introduttiva* dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*: che i settori scientifico disciplinari non debbono costituire per il giurista dei “recinti asfittici” dove rinserrare la riflessione scientifica, riducendone gli orizzonti e di conseguenza la comprensione e la funzione ordinamentale².

La seconda attiene alla grande sensibilità che i migliori civilisti italiani (penso, tra gli altri, a Pietro Rescigno e Stefano Rodotà) hanno sempre riservato per le conseguenze che l’entrata in vigore della Costituzione ha comportato anche negli istituti e nelle categorie giuridiche del diritto civile.

Non conosco l’incidenza che la monografia *Libertà e famiglia* ha avuto nella carriera del giovane civilista Giovanni Furguele, immagino particolarmente significativa dato lo spessore scientifico e culturale dell’opera, ma mi sento di dire che un tale contributo avrebbe consentito la partecipazione, con esiti lusinghieri, anche ad un concorso a cattedra di Diritto costituzionale.

1979: sono trascorsi solo quattro anni dalla fondamentale riforma del diritto di famiglia. La riforma della disciplina giuridica dell’istituto familiare rappresenta la conferma che qualcosa di profondo è mutato nella società italiana e che il diritto ne ha (inevitabilmente) preso atto.

Il giovane civilista ne è consapevole ed indirizza le proprie riflessioni proprio in un ambito dove le trasformazioni del costume rappresentano al contempo un indicatore delle trasformazioni costituzionali.

1. G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979.

2. Mi sia consentito rinviare a O. ROSELLI, *Il progetto culturale e scientifico dei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno nelle Pagine introduttive dei primi trent’anni*, in *Soc. del diritto*, 2009, n. 3, *passim*.

Il diritto, per sua natura, interagisce con la società, se questa subisce trasformazioni profonde muta pure il quadro giuridico, anche se questo dovesse risultare formalmente immutato.

La Costituzione del 1948 è l'esito di uno sconvolgimento epocale ed ha con il contesto sociale un'interazione complessa, poliedrica: introduce nuovi principi supremi alcuni dei quali debbono essere ancora pienamente sviluppati dal corpo sociale e sono estranei alla allora legislazione.

Peraltro, gli stessi costituenti sono uomini del loro tempo e le previsioni costituzionali, seppure espressioni di un processo rivoluzionario, non possono non risentirne. Ma, al contempo, in campo sociale, le categorie giuridiche hanno una propensione a configurarsi in modo 'aperto', a (ri)definirsi con il mutare del costume (si pensi, ad esempio, alla nozione di «buon costume» dell'art. 21 della Costituzione). Così avviene particolarmente con riferimento alle previsioni costituzionali in materia di famiglia.

Il giovane Furguele, nello scegliere il tema di una monografia che lo qualificherà scientificamente, opta per un tema che gli consente una riflessione a trecentosessanta gradi, che investe categorie tradizionali della c.d. dogmatica civilistica ma al contempo lo impegna in una riflessione sul principio di uguaglianza, su quello di libertà, sulla relazione tra dimensione sociale e diritto positivo, sul ruolo della giurisprudenza, in particolare costituzionale, sull'evoluzione ed il ruolo della dottrina.

1. Un ausilio prezioso alla comprensione del contesto sociale e culturale del secondo dopoguerra.

La lettura della monografia di Furguele ci aiuta oggi a comprendere molto della storia culturale del nostro Paese e ci segnala i condizionamenti della dimensione sociale sul quadro normativo, compreso quello costituzionale. Senza tale contestualizzazione non riusciremmo a comprendere la sopravvivenza di un diritto di famiglia lontano dalle previsioni costituzionali sino alla riforma della metà degli anni settanta, le argomentazioni di una parte rilevante della dottrina a favore di un istituto familiare costruito sul ruolo discriminante del *pater familias*, le cautele tendenzialmente giustificatrici di una prima, non breve, giurisprudenza costituzionale³.

Con il mutare profondissimo del costume sociale, oggi le argomentazioni di quella ampia parte della dottrina ci appaiono così infondate da apparirci risibili, ma la loro forza argomentativa risiedeva nel radicamento con una sensibilità sociale diffusa. La loro capacità persuasiva, trasfusa poi nella iniziale giurisprudenza ordinaria e costituzionale, non derivava da astratti processi interpretativi logico-ricostruttivi ma da una loro corrispon-

3. Sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di rapporti familiari, si v., per tutti, l'eccellente recente contributo di V. FERRARI, *La Corte costituzionale e la famiglia. Innovazione e tradizione*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Atti del Convegno scientifico 19-20 maggio 2016, Milano, 2017, p. 147 ss.

denza con un diffuso comune sentire, il cui mutare rende palese l'incostituzionalità dei fondamenti dell'allora diritto di famiglia.

L'orientamento della dottrina, della giurisprudenza e le scelte del legislatore accompagnano il mutare, divenuto profondissimo, di un costume sociale che investe l'istituto familiare. Basti ricordare l'esito del referendum del 12 e 13 marzo 1974 relativo alla richiesta di abrogazione dell'istituto del divorzio, respinta con una maggioranza di quasi il sessanta per cento (ed un'affluenza di poco meno l'ottantotto per cento), che sarebbe stata impensata al momento dell'entrata in vigore della Costituzione.

2. La sofferta riflessione di un irrequieto giurista.

La monografia di Furguele coglie il mutamento di paradigma della disciplina dell'istituto familiare, a partire sin dal titolo, con il richiamo alla nozione-principio-istituto della libertà intorno al quale ricostruire le relazioni familiari. Libertà intesa come modalità di ricomporre in modo egualitario i rapporti tra i coniugi, ed uguaglianza come modalità di fondare l'unità familiare, non attraverso un autoritario *dominus* maschile ma la collaborazione e condivisione di responsabilità dei coniugi.

Ma lo sforzo intellettuale del giurista Furguele non è indolore, non è una passiva sociologica presa d'atto d'una realtà mutata a cui ha fatto seguito una, se pur radicale, solo nuova disciplina. Furguele coglie che si è in presenza di un mutare di paradigma che va oltre un solo settore (per di più peculiare) dell'ordinamento giuridico, che impone una riflessione su profili caratterizzanti la dimensione giuridica.

Emerge qui la peculiarità della personalità scientifica del giovane giurista, che si colloca sulla scomoda linea di confine tra tradizione e innovazione. La cultura giuridica di Furguele è radicata nella solida rigorosa tradizione della dogmatica civilistica, protesa ad interrogarsi sui temi della "rilevanza giuridica"⁴ e sulla elaborazione di categorie giuridiche che hanno la pretesa di (pre)definire i caratteri della giuridicità. Ma, al contempo, Furguele è intellettuale consapevole per non cogliere la ricaduta sulla stessa dogmatica del "mutamento di un rapporto tra famiglia e società"⁵, di più: tra ordinamento giuridico e società.

La strada che ritiene doversi percorrere non è quella di rinnegare la funzione della dogmatica giuridica in ambito civilistico, ma di ripensarla alla luce del mutamento sociale. Operazione, dicevo poc'anzi, faticosissima e non indolore: le pagine della monografia si dipanano quasi come se la riflessione fosse in divenire, si sviluppasse in corso d'opera, fosse alla ricerca di risposte che non si ritengono spesso venute a maturazione ma che testimoniano sempre di una onestà intellettuale e di una predisposizione e disponibilità a rimettere in discussione i risultati raggiunti.

4. G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., *passim*.

5. Furguele è attentissimo alle considerazioni anche di tipo sociologico (tra l'altro, *ivi*, p. 39, nota 18).

2.1. Una riflessione 'bifronte'.

Tutto questo si riflette nel metodo adottato, nella struttura della monografia, nel procedere argomentativo.

In controluce il volume è anche un contributo di teoria generale del diritto: parte dalla individuazione del "Problema" (la "Sezione Prima") ed il cuore, la parte anche quantitativamente prevalente, è data dalla "Sezione Seconda" significativamente intitolata "I concetti".

C'è, in questo secondo capitolo, lo sforzo di collocare il nuovo diritto di famiglia all'interno di una rielaborazione della dogmatica, intesa, almeno così mi pare di capire, come strumento essenziale per dotare l'attività del giurista di fondamenta scientifiche, di sottrarlo alle spire di un'interpretazione arbitraria.

È qui che la riflessione di Furguele procede in contemporanea su due linee che si intersecano continuamente. Da un lato, procede nella ricostruzione del nuovo diritto di famiglia con l'incedere convinto del civilista che si avvale delle proprie categorie tradizionali: ed eccolo riflettere sulla "famiglia come 'rapporto'"⁶ e, di conseguenza, sulla "struttura e il contenuto del rapporto"⁷ e sulla sua "costituzione"⁸. Dall'altro, riflette, con apertura culturale (ci tiene a sottolineare la distinzione tra "dogmatica" e "dogmatismo") sulla specificità del rapporto familiare richiamando le previsioni costituzionali, in particolare le nozioni costituzionali di "formazione sociale" e di "svolgimento della personalità."¹⁰

3. L'onestà intellettuale.

Su di un profilo il giovane studioso è martellante: la necessità di rendere palese il metodo adottato. Furguele non ha la pretesa di pervenire a conclusioni definitive. In più di un passaggio, questa è la mia impressione, non ha la pretesa di giungere ad esiti non controversi, di pretendere di avere raggiunto soluzioni a problemi per loro natura aperti ad esiti anche socialmente imprevedibili e, di conseguenza, concentra una parte rilevante del proprio sforzo su quale debba essere lo strumentario del civilista nel nuovo contesto costituzionale e sociale per favorire il proseguimento della riflessione.

Da qui l'esigenza, che a me pare non solo di carattere scientifico ma anche etico, di richiamare costantemente le scelte di metodo adottate, per mettere a nudo il percorso argomentativo. Difende con forza l'opzione scientifica di rifarsi a modelli della dogmatica civilistica, ma non per una difesa quale che sia delle categorie tradizionali, ma per l'esi-

6. Ivi, p. 33 e ss.

7. Ivi, p. 115 e ss.

8. Ivi, p. 242 e ss.

9. Ivi, p. 28.

10. Ivi, p. 72 e ss.

genza di un ancoraggio scientifico aperto alle verifiche ed ai ripensamenti. Significativo il richiamo in tal senso al grande filosofo della scienza Karl Popper, in premessa della ricordata “Sezione Seconda”¹¹.

4. L'ampiezza degli orizzonti culturali.

Sfugge a qualsiasi definizione preconfezionata il giurista Furgieue, come è sempre per coloro che sono dotati di personalità. Non abbraccia (come pure potrebbe favorire il clima culturale della metà degli anni settanta del Novecento) facili nuovismi: la stella polare è la dogmatica civilistica ma non si appiattisce in un tranquillizzante e pigro conservatorismo scientifico: ripensa le categorie giuridiche alla luce di orizzonti culturali ampi, interdisciplinari e multidisciplinari. Dimostra di conoscere in modo non superficiale la dottrina non solo delle proprie discipline, ma anche quella costituzionalistica, della sociologia del diritto, della storia del diritto, filosofica (e non solo della filosofia del diritto)¹². Uno sguardo sempre aperto alla comparazione.

Mi ha colpito una sensazione, che il giurista Furgieue sembri non accontentarsi neppure di suggestioni tutt'altro che infondate, quasi come se nel coglierle si ponga il problema di come decodificarle in termini di *conseguenze* giuridiche. Ho avuto questa percezione nel mentre richiama un'affermazione dell'autorevolissimo Arturo Carlo Jemolo che qualifica la famiglia come “«istituto pregiuridico, ... sorto prima che il concetto del diritto s'isolasse da altri concetti affini, un istituto che non è suo, ch'esso non può dominare, del quale può soltanto regolare certi aspetti»”¹³, quasi come, nel riportarla e nel non contestarla si domandasse al contempo: ‘ma di questa constatazione quale ne sono gli esiti?’

Ma della ricchezza degli approcci sociologici-antropologici-psicologici-filosofici poi Furgieue fa tesoro: coglie dell'istituto familiare la sede di un'analisi giuridica anche attraverso le categorie civilistiche a condizione che si abbia ben presente come la famiglia sia solo in parte minore la sede di rapporti economici e sia soprattutto il luogo privilegiato delle relazioni affettive, di uno spazio di libertà che la Costituzione riconosce, valorizzando al contempo il principio di uguaglianza ed il rispetto e lo sviluppo della personalità di tutti i suoi componenti (entrambi i coniugi ed i figli nati dentro o fuori la famiglia).

11. “La regola «purgatevi dai pregiudizi» ... significa «purgate la mente da tutte le teorie». Ma la mente, così purgata, non sarà una mente pura: sarà solo una mente vuota. Noi operiamo sempre con teorie, anche se spesso non ne siamo consapevoli. L'importanza di questo fatto non dovrebbe mai essere sminuita. Piuttosto dovremmo tentare, in ciascun caso, di formulare esplicitamente le teorie che sosteniamo: ciò infatti ci dà la possibilità di cercare teorie alternative, e di discriminare criticamente fra due teorie (K.R. POPPER, *Problemi, scopi e responsabilità della scienza*.)” (citato nella monografia di Furgieue, p. 31).

12. Come testimoniano, tra l'altro, i richiami alla Scuola di Francoforte, in particolare ad Horkheimer.

13. Così G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 35, riporta la riflessione di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, vol. VIII (1948-1949), Napoli, 1949, dove, ricorda sempre G. FURGIUELE (ivi, p. 21, nota 46) afferma che “la famiglia è «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto»”.

Forse, a rappresentare questa complessa relazione tra la dimensione sociale e spirituale della famiglia e l'ordinamento giuridico, il più delle volte sarebbe stato opportuno richiamare anziché il ruolo dello Stato quello ben più complessivo ed articolato della "Repubblica", nozione per il nostro sistema costituzionale fondamentale.

5. Il ruolo del giudice in un ordinamento giuridico che si esprime sempre più per "principi, clausole generali o 'fattispecie aperte'"¹⁴.

Scrive Furguele che la nuova disciplina del diritto di famiglia si esprime ampiamente per "principi, clausole generali o 'fattispecie aperte'" perché questo è funzionale "nell'ambito della famiglia" alla "tutela dell'eguaglianza e della libertà individuale", ed è coerente con la scelta di "un non modello", per la "impossibilità di prevedere in proposito una disciplina tassativa" e "pertanto" la necessità di "predisporre strumenti idonei a consentire un più elastico adeguamento della norma alle esigenze specifiche delle singole ipotesi concrete."¹⁵ Il giovane giurista è ben consapevole che "la famiglia non costituisce più struttura 'chiusa' in se stessa, bensì esperienza aperta ai contributi esterni ed inserita in un contesto generale"¹⁶, ma questo non fa venir meno la funzione del diritto ma serve ad orientare l'interpretazione/applicazione delle norme in funzione della tutela della persona.¹⁷

Inevitabilmente questo accresce il ruolo del giudice: "(...) l'ampio ricorso alla tecnica della legislazione per principi, o per clausole generali, e quindi il frequente impiego di formule precettive 'generiche', rinvia, nel contingente, alla necessaria mediazione del giudice. In altri casi è proprio la norma a richiederne o a consentirne espressamente l'intervento."¹⁸ Di più: "Si è ritenuto (...) che, in materia di famiglia, il giudice sia tenuto a svolgere un compito 'promozionale' del buon andamento della stessa e non soltanto a giudicare dell'osservanza del diritto."¹⁹ Non un *dominus* nella qualificazione giuridica delle situazioni familiari (che finirebbe per riproporre un modello autoritario statalistico dell'istituto familiare), ma un tassello di quella "vasta strategia istituzionale di cui (...) la Costituzione traccia le linee fondamentali"²⁰ che pone (vorrebbe) la famiglia al centro delle politiche sociali.

6. Una piacevole sensazione.

Leggere questo volume scritto ormai quasi quarant'anni fa è stato stimolante e piacevole. Un libro che conserva intatta validità, freschezza, attualità. Studiarlo è oggi più utile

14. Ivi, p. 301.

15. Ibidem.

16. Ivi, p. 302.

17. Ivi, p. 301.

18. Ivi, p. 305 e passim.

19. Ivi, p. 314.

20. Ivi, p. 316.

che mai: la famiglia (o meglio le 'famiglie') e la stessa idea di genitorialità sono da allora profondamente mutate e con tali ulteriori mutamenti sociali legislazione e giurisprudenza debbono ancora una volta fare i conti.

Ma il rigore scientifico è sempre di ausilio ad affrontare contesti nuovi ed in questo volume questo si coglie: lo studio, l'impegno, la tensione di uno studioso appassionato. Il procedere di un giurista Siddharta che s'incammina nella strada della conoscenza senza ideologiche mete predefinite.

MATERNITÀ SURROGATA: COME FAR COSE CON REGOLE*

VINCENZO SCALISI

Prof. emerito Università di Messina

SOMMARIO: 1. Il fenomeno e gli interrogativi.- 2. Il divieto e l'insostenibile vuoto normativo.- 3. I limiti di ammissibilità e le questioni aperte.- 4.- Il superiore interesse del minore nell'attribuzione di maternità.- 5. La trascrivibilità degli atti di nascita formati all'estero: a) in presenza di apporto genetico della coppia committente.- 6. *Segue*: b) e in assenza di ogni contributo biologico sia pure minimo.- 7. Applicabilità della *stepchild adoption* alla maternità surrogata.- 8. Il diritto a conoscere le proprie origini.- 9. Necessità e urgenza di un'adeguata regolamentazione.

1. Il fenomeno e gli interrogativi.

“Maternità surrogata” è sintagma rappresentativo di un contesto situazionale, nel quale una donna si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio per conto di un'altra donna, più comunemente di una coppia.

L'ipotesi più semplice è quella, nella quale la madre surrogata si limita alla gestazione di una gravidanza con materiale genetico proveniente dalla coppia committente (c.d. surrogazione “omologa”). Ma lo scenario può presentare gradi crescenti di complessità, in quanto può avvenire che alla gestante appartenga anche l'ovocita fecondato e quindi il figlio sia geneticamente anche suo, non della donna committente. In ipotesi però l'ovocita fecondato potrebbe anche appartenere a una terza donna che ne abbia fatto donazione, con conseguente emersione di tre possibili distinte figure materne: la madre committente, quella gestazionale o partoriente e quella genetica, ossia la madre di appartenenza del materiale genetico. E la situazione potrebbe presentarsi in termini ancora più complessi, laddove neppure il seme maschile dovesse provenire dalla coppia committente.

Mater semper certa est, pater numquam: così si esprimeva l'antica massima di esperienza. Il fenomeno della surrogazione di maternità ha infranto questa inveterata e tranquillante certezza.

In realtà la gestazione per conto di altri compare finanche nelle Sacre Scritture, ma su base naturalistica (Rachele disse a Giacobbe: unisciti alla mia serva Bila, perché abbia anch'io una mia prole per mezzo di lei: *Genesis*, 30, 3; la stessa cosa Sarah disse ad Abramo per avere figli a mezzo della sua ancella Hagar: *Genesis*, 16, 2).

La diversità del fenomeno odierno è data dalla sua “artificialità”¹. Nella sostanza la surrogazione di maternità non è che una variante della fecondazione eterologa applicata

*. Il testo trae occasione da una relazione al Convegno su “*La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*”, svoltosi a Messina nei giorni 5-6 maggio 2016, per iniziativa dei proff.ri Stefano Agosta, Giacomo D'Amico, Luigi D'Andrea.

1. P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 209.

alla donna, anche quando la stessa si presenti in forma omologa (come nel caso di materiale genetico appartenente alla stessa coppia committente). L'effetto però è quello di disarticolare il concetto di maternità e trasformarlo da categoria unica e stabile – quale per risalente tradizione si era abituati a pensarla - in una entità variabile, plurale, connotata da elevato tasso di liquidità e fluidità. Chi è madre, cioè a dire madre “legale”, nelle ipotesi sopra prospettate? La donna committente, quella genetica o la partoriente? A tale interrogativo non è agevole dare una risposta univoca e sicura.

È avvenuto così che, grazie all'impiego delle nuove tecnologie riproduttive, la post-modernità ha attratto anche la maternità al pensiero del molteplice, ma l'idea stessa che con riferimento a uno stesso nato siano prospettabili più figure femminili materne è qualcosa che indubbiamente desta inquietudine e può suscitare istintivo rigetto².

2. Il divieto e l'insostenibile vuoto normativo.

E rigetto invero esprime la legge n. 40/2004 (art.12, comma 6), allorché statuisce un assoluto divieto di surrogazione di maternità, penalmente sanzionato, anche se nella realtà oggetto di una strisciante depenalizzazione ad opera di una giurisprudenza sia di merito che di legittimità, la quale sino ad oggi ha mandato quasi sempre assolti i presunti trasgressori³.

Ma ha una *ratio* siffatto divieto? Quali fondamentali principi di sistema esso intende preservare? Può dirsi ancora attuale e, se sì, entro quali limiti?

Nel dicembre 2002, quando ancora l'attuale legge 40 era in fase di gestazione, in occasione del convegno messinese su “*La procreazione medicalmente assistita*”⁴, ci eravamo chiesti quali regole di sistema il diritto positivo opponesse per arginare il possibile dispotismo di una tecnica fuori controllo su questioni così delicate e sensibili, che, toccando non solo la sfera dell'*io*, ma anche e soprattutto quella dell'*altro*, scuotono le fondamenta stesse della

2. Per una panoramica delle diverse questioni sottese al fenomeno della surrogazione di maternità, esaminate alla luce del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi anteriormente alla emanazione della l. n.40/2004, ma con tematico riferimento anche alle principali fonti di diritto straniero, v. A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, nella collana *Il diritto privato oggi* a cura di P. Cendon, Giuffrè, Milano, 2002; nonché, *Manipolazioni genetiche e diritto*, *Atti del XXXV Convegno nazionale di studio dell'UGCI* (Roma, 7-9 dicembre 1984), Giuffrè, Milano, 1986, e, *ivi*, in particolare, le relazioni di M. COMPORI (*Ingegneria genetica e diritto. Profili costituzionalistici e civilistici*, p. 176 ss.), F. SANTOSUSSO (*Riproduzione umana artificiale e diritto*, p.193 ss.) e G. MILAN (*La madre su commissione. Problemi giuridici*, p. 314 ss.). Fondamentale inoltre, per una efficace messa a fuoco dei tanti interrogativi sollevati dal fenomeno, il volume di C. SHALEV, *Birth Power. The Case for Surrogacy* (1989), trad. it. (con il titolo *Nascere per contratto*) a cura di G. Ajani e A. Maffiodo, nella Collana *Giuristi stranieri di oggi* a cura di C. M. Mazzoni e V. Varano, Giuffrè, Milano, 1992, spec. p. 91 ss., 125 ss.

3. Da ultimo: Cass. pen., sez. VI, n. 8060 del 26.02.2016; nonché, Cass. pen., sez. V, n. 13525 del 05.04.2016. Per ulteriori riferimenti anche di merito: G. CASABURI, *Maternità surrogata*, in *Il libro dell'anno del diritto 2016*, Trecani, Roma, 2016, p. 17 s.

4. I cui *Atti* sono raccolti nel volume dall'omonimo titolo a cura di M. FORTINO, Giappichelli, Torino, 2005.

convivenza civile. Avevamo espresso allora il convincimento che ogni regolamentazione della procreazione medicalmente assistita avrebbe dovuto rapportarsi e misurarsi con almeno tre principi-cardine, in quanto principi fondamentali di sistema: il *principio-vita* nelle sue diverse specificazioni (di integrità e benessere fisiopsichico, oltre che esistenziale, *ab initio*); il *principio-persona* nelle sue varie articolazioni (dal rispetto della identità, anche genetica, alla tutela della dignità come valore irrinunciabile); il *principio-famiglia* funzionalmente inteso (nel suo concreto e storico divenire); e la conclusione era stata che in realtà nessuno dei valori portati da questi principi esprimesse una assoluta e pregiudiziale opposizione alla maternità surrogata e che, se mai, una tale opposizione poteva emergere sul piano delle modalità attuative, avuto riguardo cioè alle modalità di azione impiegate per raggiungere un tale risultato. E che quindi per la surrogazione di maternità il problema non era tanto quello di vietarla, quanto piuttosto l'altro di regolamentarla⁵.

Quanto meno in tema di fecondazione eterologa, la richiamata legge 40, dopo averne statuito il divieto, molto opportunamente si era affrettata a dichiarare la improponibilità, a determinate condizioni, dell'azione di disconoscimento della paternità, facendo così salvo a tutti gli effetti lo stato giuridico del nato come figlio (art. 9, comma 1). In tema invece di surrogazione di maternità il vuoto regolativo fu totale e la statuizione del semplice divieto si rivelò subito rimedio peggiore del male, perché intanto il turismo procreativo ha continuato e continua regolarmente a operare e il fenomeno, in mancanza di adeguati limiti e forme di controllo, anziché attenuarsi ha finito invece con il registrare un ulteriore sensibile incremento. La sanzione, anche quella penale, non è stata e non è di per sé in grado di scongiurare l'evento fattuale, che, allorché si verifica, accende il fuoco di questioni vitali sensibili che non possono restare senza soluzione, senza la statuizione cioè di corrispondenti effetti regolativi, perché in gioco è la sorte e il destino esistenziale stesso delle persone coinvolte.

3. I limiti di ammissibilità e le questioni aperte.

Proviamo a mettere in fila i punti nodali del fenomeno.

In fondo la legge 40, anche a seguito soprattutto della riscrittura operata in questi anni dalla Corte costituzionale, esalta il valore della genitorialità, favorendone la realizzabilità, anche di quella derivante da fecondazione eterologa⁶. Non si intravede allora per quale singolare ragione la stessa genitorialità, non conseguibile (al pari che nella fecondazione eterologa) per assoluta sterilità o infertilità della coppia, non possa trovare realizzazione anche attraverso un'altrui gestazione, quante volte questa avesse i tratti della totale gratu-

5. V. SCALISI, *Introduzione alla prima sessione*, in M. FORTINO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 21-22.

6. Corte cost., n.162 del 10.06.2014, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1062 ss., con commento di G. Ferrando; in *Europa e dir. prin.*, 2014, p. 1105 ss., con commento di C. Castronovo; in *Fam. dir.*, 2014, p. 753 ss., con commento di V. Carbone.

ità, in quanto espressione di un mero spirito donativo esclusivamente solidaristico, non potendosi in siffatta ipotesi ravvisare né un atto dispositivo vietato del proprio corpo ex art. 5 c.c. e neppure un atto lesivo della *dignità* della gestante, il cui corpo, senza andare incontro ad alcuna *deminutio*, assumerebbe anzi l'alto valore simbolico di una umana abnegazione⁷. Non si vede per quale ragione, almeno in questi casi e in questi casi soltanto, alla coppia dovrebbe restare la sola alternativa genitoriale dell'adozione. A dispetto di quanto asserito dai giudici delle leggi⁸, non dovrebbero valere anche per la surrogazione di maternità i parametri invocati per decretare la illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: e cioè il principio di autodeterminazione, la non discriminazione, l'esigenza di tutela della salute, il canone di ragionevolezza e quello del bilanciamento? Di certo commercio e profitto, insidie pur sempre presenti nella stessa fecondazione eterologa, vanno rigorosamente banditi anche ex art. 3 (comma 2, *lett.c*) della Carta dei diritti fondamentali UE, così come deve negarsi ogni possibile forma coercitiva di patti eventualmente convenuti, perché su snodi così cruciali dell'umana esistenza non possono ammettersi se non scelte assolutamente libere da ogni condizionamento e scelte comunque sempre revocabili.

Altra e diversa questione è quella della estensione della genitorialità mediante gestazione altrui anche alle coppie dello stesso sesso. Nel silenzio della sopravvenuta disciplina delle unioni civili (l. n.76/2016), che addirittura si è preoccupata di far salve "le vigenti norme in materia di adozione" (art. 20, ultimo inciso), sul punto non soccorre neppure il formante giurisprudenziale: non quello interno, che di recente ha aperto sì alla c.d. *stepchild adoption*, ma con esclusione di qualunque forma di surrogazione di maternità realizzata mediante affidamento della gestazione a terzi⁹; e nemmeno quello europeo, essendosi la Corte EDU sino ad oggi limitata a consentire a tali unioni *same sex*¹⁰, come

7. Su questa linea, P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, cit., p. 222; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 184 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 52. Esprime contrarietà, A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 424.

8. Corte cost., n.162/2014, considerato in diritto n. 9, 1° cpv.

9. Cass. civ., sez. I, n. 12962 del 22.06.2016, in motivazione, punto 3, in *Guida al diritto*, 2016, n. 29, p. 14 ss., con nota critica di M. Finocchiaro; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1135 ss., con commento di G. Ferrando, *ivi*, p. 1213 ss.; e in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203 ss., con commenti di P. Morozzo della Rocca e di L. Attademo; nonché, Cass. civ., sez. I, n. 19599 del 30.09.2016, in *Guida al diritto*, 2016, n. 44, p. 39 ss., in motivazione, n. 10.2 delle ragioni della decisione, con commento di A. Porracciolo; in *Foro it.*, 2016, I, c. 3332 ss., con nota di G. Casaburi; in *Corr. giur.*, 2017, p. 181 ss., con commento di G. Ferrando. Per una particolare ipotesi di adozione incrociata ex art. 44, *lett. d*), l. adoz. n. 184/1983, riguardante due minori ciascuna delle quali figlia biologica dell'altra partner di coppia omo-sex, App. Milano, ord. 9 febbraio 2017, in *Ifamiliarista.it*, 26 aprile 2017; mentre per il riconoscimento di adozioni estere da parte di coppie omosessuali, v. in senso affermativo Trib. min. Firenze, dec. 8 marzo 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1041 ss., con nota di G. Casaburi, che ha disposto la trascrizione di sentenza straniera di adozione di due bambini da parte di una coppia italiana di padri gay.

10. Corte EDU, Grande Camera (a maggioranza: dieci voti su diciassette), 19 febbraio 2013, caso *X e altri c. Austria* (ric. 19010/07).

pure al *single* omosessuale¹¹, soltanto l'adozione, ma senza alcuna apertura a forme genitoriali da tecniche di fecondazione eterologa, il cui divieto anzi è stato giudicato non in contrasto con gli art. 8 e 14 della CEDU¹². Ogni ostacolo tuttavia è stato aggirato anche da tali coppie sul piano fattuale mediante il frequente ricorso al turismo procreativo, sicché anche di tali situazioni non si può far finta di niente, perché identiche sono le problematiche sul tappeto che esse prospettano e che attengono sia ai possibili conflitti di maternità quanto e soprattutto alla necessaria determinazione dello *status* del figlio nato da gestazione per conto di altri.

4. Il superiore interesse del minore nell'attribuzione di maternità.

Anzitutto, chi è la madre? Una risposta a tale interrogativo è imprescindibile non tanto per individuare il prevalente titolo di maternità quanto e soprattutto per stabilire di chi si è figlio. La domanda quindi si traduce nell'altra: figlio, ma figlio di chi?

Il codice civile sembra identificare la madre legale con la partoriente (art. 269, comma 3)¹³ e la legge 40 sembra rafforzare tale precetto, dal momento che fa divieto alla madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita di non essere nominata (art. 9, comma 2)¹⁴. Poi però il codice civile consente anche che la maternità possa essere provata con ogni mezzo (art. 269, comma 2), quindi anche attraverso il dato genetico, che può in ipotesi non appartenere alla gestante-partoriente, sibbene alla donna committente o addirittura a una terza donna donatrice, con conseguente possibilità quindi di ingenerare un lacerante conflitto tra madri, che potrebbe in ipotesi investire anche la paternità, ove il seme maschile dovesse essere del marito della madre surrogata o addirittura di un terzo donatore.

La pratica ha registrato a volte ipotesi di accordi, avallati dalla giurisprudenza minorile, funzionalmente intesi alla realizzazione di progetti di genitorialità condivisa, con la madre surrogata che rinuncia a dichiarare la propria maternità, con il padre che riconosce

11. Corte EDU, Grande Camera, 22 gennaio 2008, caso *E.B. c. Francia* (ric. n. 43546/02).

12. Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, caso *S.H. e a. c. Austria* (ric. n. 57813/00).

13. Anche se «è da ritenere che la regola dell'art. 269 c.c. non sia applicabile a un'ipotesi che non era immaginabile al tempo della emanazione del codice»: G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, ora in ID., *Vario diritto, Scritti giuridici*, VII, Cedam, Padova, 2005, p. 52; fermo restando che comunque la disposizione è norma sulla prova, non sulla identificazione della maternità (Cass., sez. I, n. 19599 del 30.09.2016, cit. *retro*, nt. 9), in motivazione, n. 11.1 delle ragioni della decisione). V. altresì, L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, p. 399 s.; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni e ora continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2007, p. 228, 235; e, più recentemente, sempre nel senso della inapplicabilità, C. CIRAIOLO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *Jus civile*, 2014, p. 493. Per la piena applicabilità invece della disposizione anche alla surrogazione di maternità, da ultimo, R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II. *La filiazione*, a cura di G. Collura-L. Lenti-M. Mantovani, Giuffrè, Milano, 2012, p. 703 ss.

14. Sui diversi approdi esegutici di tale disposizione: M. GATTUSO, *La procreazione medicalmente assistita*, in G. BUFFONE-M. GATTUSO-M. M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 279 ss.

il nato come figlio naturale e la madre di accoglienza che successivamente richiede l'adozione particolare *ex art. 44, comma 1, lett. b)* della legge sull'adozione (n.184/1983)¹⁵.

Ma in mancanza di lecite intese pattizie, dal conflitto si deve pur uscire e, a mio avviso, si può uscire soltanto applicando l'unico criterio assiologico-pratico applicabile, ossia quello del prevalente e superiore interesse del minore¹⁶. Non è che non possa sussistere (anzi di norma sussiste) anche un interesse della donna committente alla acquisizione del titolo di maternità vuoi a fini di discendenza genetica vuoi anche soltanto a fini di esigenze personalistiche di tutto rispetto, ma non può essere questo interesse il criterio ultimo di decisione, preminente dovendo restare su ogni altra esigenza e considerazione l'interesse del minore secondo un dato di sistema che può dirsi ormai definitivamente acquisito e che rinviene la sua consacrazione ufficiale, oltre che nell'art. 3, comma 1, della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo¹⁷, secondo cui "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, l'interesse superiore del fanciullo deve trovare una considerazione preminente", anche nell'art. 1, par. 2 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori¹⁸ e nell'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali UE.

È appena il caso poi di rilevare che le relazioni familiari, ogni relazione familiare, compresa quella che riguarda la genitorialità, trovano ormai fondamento e la fonte stessa della relativa legittimazione non già sul piano strutturalistico (quale può essere, ad esempio, il matrimonio) e neppure su quello naturalistico del mero dato biologico (quali il vincolo di sangue, il rapporto di derivazione biologica o il metodo del concepimento), bensì fondamentalmente sul piano del rapporto, e cioè sul piano funzionale della costruzione della relazione quale spazio ideale e protetto di piena autoespressione e realizzazione della personalità dei suoi protagonisti, e innanzitutto del minore. Ciò trova significativo riscontro nella disciplina dell'adozione legittimante, e persino nella stessa previsione della fecondazione eterologa, ma soprattutto emerge dal vigente e complessivo sistema positivo dei rapporti familiari, tutto incentrato su una concezione essenzialmente funzionale e personalistica della istituzione familiare¹⁹. Sicché, in conclusione, madre deve considerarsi allora secondo questa prospettiva quella di accoglienza (o sociale), quella cioè che si

15. Per riferimenti, I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S.Rodotà e P. Zatti, *Il governo del corpo* (a cura di S. Canestrari-G.Ferrando-C.M.Mazzoni-S.Rodotà-P.Zatti), t. II, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1491.

16. Su cui, da ultimo, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss.; ID., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, p. 151 ss.

17. Approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176.

18. Adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia con L. 20 marzo 2003, n.77.

19. Cfr. il nostro *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, ora in V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2014, p. 63 ss.

prende cura del minore e lo accudisce, instaurando con lo stesso un concreto ed effettivo sistema di vita, funzionale alla promozione e crescita anche educativa della personalità del minore stesso. In questo senso genitorialità è anche e soprattutto responsabilità e come tale – difatti - viene qualificata dall'ordinamento comunitario (reg. CE n. 2201/2003) e ora, dopo la legge di riforma della filiazione, anche dal nostro ordinamento interno (art. 316 c.c., nella nuova formulazione).

E d'altra parte il dato positivo del preminente e superiore interesse del minore non consente – come anticipato - di pervenire a diversa conclusione. Già la Corte EDU, con riferimento alla particolare ipotesi di sottrazione internazionale di minore, traendo argomento anche dall'art. 13 della Convenzione dell'Aja in materia²⁰, ha avuto modo di affermare che va in ogni caso preservata, nonostante la condotta illecita del genitore, la situazione esistenziale determinatasi tra lo stesso e il figlio, allorché siffatta situazione esistenziale risulti stabile e soddisfacente per il minore stesso²¹. E nella stessa direzione si sono mosse, con riferimento al nostro ordinamento, anche alcune significative recenti pronunce del giudice delle leggi e di quello della legittimità. Il primo ha sancito che la condotta di uno o di entrambi i genitori idonea a integrare gli estremi di un reato non giustifica l'automatica pronuncia di decadenza ex art. 330 c. c. dalla responsabilità genitoriale, quante volte nel caso concreto dovesse accertarsi la sussistenza della idoneità degli stessi genitori a tutelare e a prendersi cura dell'interesse del minore²², ed ancora, con specifico riguardo alla particolare ipotesi di coppie dello stesso sesso, che a tutela del superiore interesse del minore vanno preservati da interruzioni ingiustificate i significativi rapporti di fatto instaurati e intrattenuti dal medesimo anche con la ex compagna della madre biologica²³. A sua volta il giudice della legittimità, dopo avere in un primo momento affermato in nome del superiore interesse del minore la piena legittimità dell'affidamento esclusivo dello stesso alla madre separata convivente con altra donna legata da relazione omofila²⁴,

20. Convenzione del 25.10.1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, ratificata in Italia con L. 15 gennaio 1994, n. 64.

21. Corte EDU, Sez. II, 12 luglio 2011, caso *Šneerson e Campanella c. Italia*, ric. n. 14737/09. Sulla stessa linea di pensiero, anche se ragionata con particolare riferimento all'ascolto del minore, Cass. civ., sez. I, n.18846 del 26.09.2016, in *Fam. dir.*, 2016, p. 5 ss., con commento di F. Tommaseo. E per una corretta interpretazione del richiamato art. 13 della Convenzione dell'Aja nel prisma dell'interesse del minore, v. altresì, Cass. civ., sez. I, n. 10577 del 04.07.2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2167 ss., con nota di G. Casaburi; in *Fam. dir.*, 2004, p. 357 ss., con nota di M. Giorgetti.

22. Corte cost., n. 31 del 23.02.2012, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1992 ss., con nota di R. Romboli; in *Guida al diritto*, 2012, n. 15, p. 70 ss., con commento critico di M. Finocchiaro; e, negli stessi termini, Corte cost., n. 7 del 23.01.2013, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1402 ss.; e in *Guida al diritto*, 2013, n. 9, p. 76 ss., con commento di L. Tricomi.

23. Corte cost., n. 225 del 20.10.2016, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3330 ss.; in *Guida al diritto*, 2016, n. 45, p. 67 ss., con commento di M. Fiorini; in *Corr. giur.*, 2017, p. 175 ss., con commento di G. De Marzo.

24. Cass. civ., sez. I, n. 601 dell'11.01.2013, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1193 ss., con nota di G. Casaburi; in *Corr. giur.*, 2013, p. 436 ss., con commento di V. Carbone; in *Guida al diritto*, 2013, n. 5, p. 16 ss., con note di M. Finocchiaro, G. M. Salerno e G. Vaccaro.

successivamente, nel sancire la trascrivibilità nei registri dello stato civile dell'atto di nascita (validamente formatosi in altro Paese della UE) di figlio generato da due madri (per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito), ha statuito, sempre nel superiore interesse del minore, quale principio di rilevanza costituzionale primaria, un vero e proprio diritto del figlio alla continuità dello *status filiationis* validamente acquisito all'estero²⁵, principio ora esteso da alcune Corti di merito anche al caso di due padri, genitore l'uno e cogenitore l'altro di due gemelli nati mediante gestazione altrui²⁶.

In conclusione, allora, il preminente e superiore interesse del minore, non astrattamente considerato bensì concretamente valutato anche nell'assorbente e decisiva ottica del rapporto e del connesso principio di responsabilità, e come tale quindi anche realisticamente interpretato in funzione della eventuale necessità di preservare (anche in prospettiva) comprovate relazioni affettive familiari instauratesi tra lo stesso minore e i genitori d'intenzione, non può non rappresentare l'irrinunziabile parametro di commisurazione da cui muovere per la costruzione anche dello stato giuridico del figlio nato da maternità surrogata²⁷. Il problema naturalmente resta sempre quello di stabilire quando un siffatto interesse, così concepito e specificato, possa ritenersi in concreto sussistente, perché non basta certo asserirlo o enunciarlo, essendo invece necessario verificare modalità e forme del suo concreto venire ad esistenza come pure aspetti e caratteri della sua particolare e specifica conformazione al fine di determinare entità e natura dei corrispondenti effetti destinati a metterlo in azione.

5. La trascrivibilità degli atti di nascita formati all'estero: a) in presenza di apporto genetico della coppia committente.

La questione si è concretamente posta, allorché si è trattato di dare soluzione al problema della trascrivibilità degli atti di nascita validamente formati all'estero e riguardanti appunto nati da madre surrogata. Con le note sentenze gemelle del 26 giugno 2014 (*Menesson e Labasse c. Francia*, ric. n. 65192/11 e ric. n. 65941/11)²⁸, la Corte EDU (sez. V), pur riconoscendo agli Stati un margine di apprezzamento nel vietare la maternità surrogata, ha tuttavia riaffermato che le libere scelte dei genitori non possono in nessun caso ne-

25. Cass. civ., sez. I, n. 19599 del 30.09.2016, cit. (*retro*, nt. 9), in motivazione, n. 8.4 delle ragioni della decisione. Ma v. altresì, in ipotesi similare, Trib. Napoli, 6 dicembre 2016, in *Foro it.*, 2017, I, c. 309 ss.

26. App. Trento, ord. 23 febbraio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1035 ss., con nota di G. Casaburi; in *Guida al diritto*, 2017, n. 13, p. 52 ss., con commento di M. Fiorini; nonché App. Milano, dec. 28 ottobre 2016 n. 3990, *ivi*, p. 62 ss., con commento di A. Porracciolo.

27. Sul prevalente interesse del minore come criterio determinante di imputazione del rapporto di filiazione, v. A. LORENZETTI, *Maternità surrogata*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento VI, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2011, p. 630. Ma v. altresì, molto lucidamente, A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi.it*, 11 maggio 2016, n.10.

28. E successivamente negli stessi termini, Corte EDU, sez. II, 8 luglio 2014, caso *D. e altri c. Belgio*, ric. n. 29176/13; e Corte EDU, Sez. V, 21 luglio 2016, *Affaire Foulon et Bowet c. France*, ric. n. 9063/14 e n. 10410/14.

gativamente riflettersi sul prevalente e superiore interesse del minore, statuendo il diritto anche dei nati da maternità surrogata al rispetto della loro vita privata e familiare *ex art.* 8 CEDU e dunque anche il diritto alla loro identità come figli della coppia committente come pure alla corrispondente riconoscibilità giuridica e sociale di detta identità. Di qui l'obbligo fatto alle autorità nazionali, nella specie alla Francia, di consentire la trascrizione degli atti di nascita legalmente formati in Paesi che ammettono la surrogazione di maternità. Nonostante anche la legislazione francese sancisca il divieto di surrogazione di maternità, la *Cour de Cassation* si è prontamente adeguata alla pronuncia della Corte europea e con sentenza n. 219 del 3 luglio 2015 ha fissato il principio che non può essere negata la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero da maternità surrogata, se il padre è cittadino francese.

Va però sottolineato che l'anzidetto orientamento della Corte EDU muoveva da un preciso presupposto di fatto e cioè che alla nascita del minore (da madre surrogata) avesse concorso anche la coppia committente con l'apporto di un contributo genetico sia pure parziale (perché dal solo lato paterno). E sulla base di questo stesso presupposto anche talune Corti di merito italiane si sono espresse a favore della trascrivibilità dell'atto di nascita dei nati da surrogazione di maternità²⁹.

Ora di sicuro, laddove la formazione dell'embrione sia dovuta all'esclusivo apporto biologico della coppia committente e dunque alla stessa sia rimasta estranea la madre surrogata che l'embrione si è limitata ad ospitare, a me sembra da condividere l'autorevole opinione secondo cui non si possa «attribuire la maternità alla donna che ha ricevuto il principio di vita già individualizzato anche se lo ha ospitato e cresciuto»³⁰. Il preminente e superiore interesse del minore al riconoscimento e alla conservazione della sua identità genetica e naturale con conseguente imputazione del corrispondente *status filiationis* non

29. Per riferimenti, M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo «status»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 627-631. Da ultimo, App. Milano, dec. 28 dicembre 2016, in *Ilfamilarista.it*, 9 gennaio 2017; e già, il noto precedente di App. Bari, sent. 13 febbraio 2009, in *Fam. min.*, 2009, n. 5, p. 50 ss., con nota di M. Castellaneta, e in *Giur. merito*, 2010, p. 349 ss., con nota di M. Dell'Utri, che ha disposto il riconoscimento di sentenza straniera (nel caso, del Regno Unito) attribuita alla donna committente della qualità di madre a tutti gli effetti di due bambini partoriti da madre surrogata fecondata con seme del marito della prima.

30. G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Id.*, *Vario diritto*, cit., p. 73. Aderisce, A. PALAZZO, *La filiazione, lc. ult. cit.* A favore della verità biologica, eventualmente da supportare, a seconda dei casi pratici, sulla base di validi criteri di integrazione, tra cui quello di responsabilità procreativa, A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 963 s. Decisamente *contra*, A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 501 ss.; nonché, sia pure con alcune eccezioni (rifiuto da parte della madre uterina del rapporto con il figlio, oppure abbandono del minore da parte della stessa), C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, 5^a ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 408, il quale afferma «che la preferenza normativa per l'adozione non esclude il tentativo di recupero del rapporto col genitore naturale come più rispondente all'interesse del minore». In senso contrario, altresì, M. COMPORTI, *Ingegneria genetica e diritto. Profili costituzionalistici e civilistici*, cit., p. 177 ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita, lc. ult. cit.*; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 7^a ed., Cedam, Padova, 2016, p. 409.

sembra incontrare ostacoli se non nella reversibilità (nella specie, da parte della madre uterina) di scelte che restano incoercibili. E alla stessa conclusione deve pervenirsi anche in caso di solo apporto genetico della madre committente e fecondazione con seme di donatore esterno alla coppia, siccome può evincersi dalla ammissibilità ormai della fattispecie della fecondazione eterologa. Ma anche laddove, come nei sopra richiamati casi giurisprudenziali, l'apporto genetico sia soltanto quello del partner maschile della coppia committente, e vi sia dunque una corrispondenza solo parziale tra verità biologica e genitorialità d'intenzione, il preminente e superiore interesse del minore esige l'acquisizione dello *status filiationis* pure rispetto alla madre committente sulla base di un principio di responsabilità che chiama direttamente in causa per l'immediato e per l'avvenire gli artefici del progetto procreativo, a maggior ragione se - come nei casi decisi - un tale progetto si sia già tradotto in una effettiva comunanza di vita familiare con il nato (principio di rilevanza del rapporto).

Ma si deve anche avvertire che, di fronte a una realtà umana e sociale così complessa quale quella sottesa al fenomeno della surrogazione di maternità, attraversata da affetti, emozioni, sentimenti, ansie e come tale suscettibile di ingenerare situazioni di laceranti e dolorosi conflitti, non è da escludere che siano sperimentabili possibili forme di genitorialità condivise, aperte e flessibili, che, oltre al preminente e superiore interesse del minore, siano in grado di realizzare il giusto equilibrio e la giusta proporzionalità tra tutti gli interessi dei soggetti coinvolti.

6. (Segue) b) e in assenza di ogni contributo biologico sia pure minimo.

Ma che succede in assenza di contributo biologico (sia pure minimo) da parte della coppia committente (e cioè di assenza sia *ex latere matris* sia *ex latere patris*)? È il punto più critico dell'intera vicenda della surrogazione di maternità. Proprio con riferimento a siffatta ipotesi, la nostra Corte di Cassazione, con sentenza n. 24001 dell'11 novembre 2014³¹, ha negato la trascrivibilità del relativo atto di nascita legittimamente formatosi all'estero e ciò per asserito contrasto con il principio dell'ordine pubblico, con addirittura conseguente declaratoria di adottabilità di tali minori, quasi fossero figli di nessuno. Con evidente petizione di principio, l'invocato limite dell'ordine pubblico è stato identificato con lo stesso divieto di surrogazione di maternità³² e, quel che è più grave, scisso dal

31. In *Foro it.*, 2014, I, c. 3408 ss., con nota di G. Casaburi; in *Corr. giur.*, 2015, p. 471 ss., con nota di A. Renda; in *Guida al diritto*, 2015, n. 2, p. 34 ss., con commento di M. Fiorini; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 235 ss., con nota di C. Benanti. In senso critico, altresì, A. PALAZZO, *Surrogazione materna e interesse del minore*, in *Libero osservatorio del diritto*, n.1, 2015.

32. Puntuale, in senso contrario, Cass. civ., sez. I, n.19599 del 30.09.2016, cit. (*retro*, n. 9), in motivazione, n. 7 delle ragioni della decisione, secondo cui, al fine di valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero, si tratta di «verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti

superiore interesse del minore, alla cui stregua invece lo stesso avrebbe dovuto e deve essere valutato (art. 23, *lett. a*), del sopra richiamato reg. CE n. 2201/2003³³. Non solo, ma il superiore interesse del minore è stato a sua volta identificato con quello a vedersi attribuita la maternità della donna partoriente anziché la maternità di accoglienza sulla base di affermazioni aprioristiche realizzanti un autentico *idem per idem* (la mancanza appunto di contributo genetico).

Sul punto ha segnato una svolta l'ulteriore, assai travagliato, pronunciamento della Corte europea dei diritti dell'uomo nella nota vicenda, questa volta tutta italiana, *Paradiso-Campanelli* (ric. n. 25358/12), riguardante proprio un caso in cui, a seguito del rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita validamente formatosi all'estero, il nato da madre surrogata, in assenza di riscontrato legame genetico con gli asseriti genitori, era stato dall'Autorità giudiziaria italiana allontanato dagli stessi e affidato ad altra famiglia per l'adozione. In primo grado la Seconda Camera della Corte EDU con sentenza 27 gennaio 2015 ha dichiarato, a maggioranza (cinque su sette), la contrarietà al superiore interesse del minore del suo allontanamento dai genitori per surrogazione, statuendo che un siffatto interesse dev'essere preservato in ogni caso, a prescindere dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo, e che lo stesso giammai potrebbe tollerare la privazione per il minore di diritti di capitale importanza quali l'identità e la cittadinanza o venire compromesso dal preteso limite dell'ordine pubblico, che non è da prendere come una carta in bianco che possa giustificare qualsiasi misura. Rinviata la questione su richiesta del Governo italiano alla Grande Camera, i giudici di Strasburgo con sentenza 24 gennaio 2017³⁴, resa ancora una volta a maggioranza (dodici su diciassette) e tra l'altro con diverse opinioni concordanti separate (cinque su dodici), hanno ribaltato la precedente decisione, statuendo di non ravvisare alcuna violazione da parte dell'Autorità giudiziaria italiana dell'art. 8 CEDU né sotto il profilo del rispetto della vita familiare né sotto quello della protezione della vita privata. La decisione della Grande Camera, benché negativa sulla base di valutazioni intrinsecamente di specie, segna tuttavia una ulteriore importante significativa tappa ai fini della individuazione dei necessari parametri di valutazione della controversa questione, avendo ribadito che non la semplice assenza di legame biologico può di per sé considerarsi ostativa alla tutela *ex art. 8 CEDU*, quanto piuttosto anche il mancato riscontro (come nel caso deciso) di una relazione familiare (sia pure solo di fatto) caratterizzata da reali e duraturi legami personali e affettivi e che in ogni caso, nel perseguire il giusto equilibrio tra interessi

con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo».

33. Sulla corretta interpretazione di tale disposizione, Corte di giustizia UE, sez. IV, del 19.11.2015, *P contro Q*, causa C-455/15 PPU.

34. Una sintesi con nota di G. Casaburi può leggersi in *Foro it.*, 2017, IV, c. 105 ss.

pubblici e interessi privati concomitanti, deve, trattandosi (della vita) di minori, tenersi in preminente considerazione il superiore interesse degli stessi (che nella specie si è ritenuto fosse stato adeguatamente valutato da parte dell'Autorità giudiziaria italiana: da cui il contrario avviso rispetto alla soluzione precedentemente adottata).

Ora non sembra che realisticamente si possano disattendere i criteri di decisione indicati dalla Grande Camera EDU. È in gioco il fondamentale diritto di ogni bambino «a definire la propria identità come essere umano» nella sua integrale e individuale realtà e in quanto tale un siffatto diritto non può restare a dipendere esclusivamente dal vincolo di sangue, dalla derivazione biologica, dalla specifica modalità del concepimento o dal maggiore o minore apporto genetico della coppia committente alla gestazione per mezzo di altri³⁵. La questione è più complessa. È necessaria, sembrano suggerire i giudici di Strasburgo, una valutazione onnicomprensiva e d'insieme che tenga conto di tutti gli elementi caratterizzanti la reale e concreta condizione sia giuridica che di fatto del minore di che trattasi, riservando in ogni caso particolare, anzi preminente (secondo il dettato normativo) considerazione al superiore interesse del minore non solo nel senso di non esporlo a pregiudizi gravi o irreparabili ma anche e soprattutto nel senso di non privarlo di riscontrate stabili (a maggior ragione, se consolidate) relazioni personali e affettive anche solo di fatto con i genitori d'intenzione, se – ovviamente - comprovate idonee a garantirne una serena e armoniosa crescita³⁶. In altri termini, anche ai fini della determinazione della genitorialità, la valutazione del superiore interesse del minore non può prescindere dal principio di rilevanza e stabilità del rapporto.

E invero una consapevole ermeneutica dell'effettività³⁷ non può affidarsi *soltanto* a dati legalistici o meramente naturalistici, ma interrogare la realtà umana e sociale in ogni sua

35. Come osserva, molto opportunamente, C. SHALEV, *Birth Power. The Case for Surrogacy*, cit., p. 108, dal punto di vista dell'interesse del minore "l'adulto non dovrà necessariamente trovarsi in una condizione di legame biologico con il bambino e di contro il genitore naturale non dovrà necessariamente trovarsi in una condizione di legame giuridico con quella persona". Ma v. altresì, App. Trento, 23 febbraio 2017, cit., *retro*, nt. 25, secondo cui deve escludersi "che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato" e vengono additati a riprova, a parte l'adozione, proprio i casi di "possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori dei figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consentite".

36. Sulla necessità di preservare relazioni familiari anche di fatto dei minori, sebbene derivanti da situazioni illecite, ma purché rispondenti al superiore interesse degli stessi, l'orientamento della Corte EDU può dirsi costante: C. CIRAOLO, *Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La stepchild adoption*, in corso di pubblicazione in *Corr. giur.*, 2017; Id., *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, cit., p. 492. Ma v. altresì, con riferimento anche ad altri settori: U. SALANITRO, *Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 872.

37. Su cui, M. HEIDEGGER, *Ontologie (Hermeneutik der Faktizität)*, trad. it. (con il titolo *Ontologia. Ermeneutica dell'effettività*) di G. Auletta, ed. a cura di E. Mazzarella, Guida Editori, Napoli, 1992, e per un illuminante riferimento tematico, G. BENEDETTI, "Ritorno al diritto" ed ermeneutica dell'effettività, in *personaemercato.it*, 2017, p. 3 ss., spec. 11; in corso di pubblicazione in *Riv. dir. civ.*, 2017.

componente e in tutte le sue potenzialità assiologico-pratiche, onde determinare la regola applicabile *anche* alla luce delle indicazioni desumibili dalla medesima. Non abbiamo alternativa e il ricorso all'adozione (quale unica alternativa di genitorialità non biologica) è nella specie poco convincente, perché, se da un lato manca la possibilità di far valere una genitorialità biologica, dall'altro esistono già dei genitori, sia pure asseriti tali (in quanto non biologici), che si tratta di giudicare nella loro idoneità in atto e in prospettiva ad assolvere alla funzione genitoriale, non essendo d'altra parte detto che l'adozione realizzi l'interesse del minore «alla migliore famiglia sostitutiva possibile»³⁸.

Non si tratta di far prevalere il momento volitivo dell'autodeterminazione procreativa sul dato biologico, quanto piuttosto di non negare *a priori* una genitorialità che, sebbene non biologica, risulti tuttavia idonea all'assunzione di una valida responsabilità genitoriale (si badi, genitoriale, non procreativa), nel che soltanto risiede la sua essenza e funzione, che è poi la intrinseca ragione di essere e legittimazione di ogni genitorialità, e tutto ciò da valutarsi e determinarsi, nel superiore interesse del minore, sulla base di un conforme *status affectionis* già instaurato e protraentesi per un tempo significativo o anche soltanto già avviato ma già evidenziate i necessari presupposti intesi a garantire in prospettiva il pieno e integrale sviluppo della personalità del minore stesso. Nell'aver trascurato quest'ultimo profilo e nell'aver dato assorbente risalto al dato temporale soltanto della *durata* del legame familiare sta forse il limite della sopra richiamata pronuncia della Corte di Strasburgo.

Anche per questo è da auspicare che la nostra Corte costituzionale, investita della questione riguardante la legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. sotto il particolare profilo dell'assenza in tale norma di ogni richiamo alla possibilità per il giudice di valutare il concreto interesse del minore alla conservazione del proprio *status* (c.d. *favor minoris*) anche quando lo stesso possa non coincidere con la verità biologica (ossia con il *favor veritatis*)³⁹, è da auspicare, dicevo, che la nostra Corte costituzionale sappia raccogliere la sollecitazione a fare del superiore interesse del minore, valutato in concreto e sotto il profilo di una responsabilità genitoriale da verificare anch'essa in concreto, il finale ed esclusivo criterio di decisione di ogni controversia anche sullo *status filiationis* del minore stesso pure quando ciò dovesse comportare il sacrificio di un corrispondente principio di verità come in ipotesi di nati da madre surrogata senza alcun legame genetico con uno o entrambi i genitori intenzionali e tuttavia dagli stessi non solo riconosciuti come figli ma anche come tali trattati con le amorevoli cure a loro dovute.

38. In termini, invece, A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, cit., p. 419, 444.

39. L'ordinanza di rimessione è di App. Milano, ord. 25 luglio 2016, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3258 ss., con nota di G. Casaburi. E per analoga ordinanza di rimessione avente ad oggetto l'art. 337 *ter* c.c. sotto il particolare profilo della rilevanza del preminente interesse del minore a mantenere rapporti stabili e significativi anche con il convivente del genitore biologico, App. Palermo, ord. 17 luglio 2015, in *Corr. giur.*, 2015, p.1555 ss., con commento di S. Veronesi.

7. Applicabilità della *stepchild adoption* alla maternità surrogata.

Su un diverso fronte, quello della c.d. *stepchild adoption*, ora ammessa – come si è già anticipato – dai giudici di legittimità, sempre nel nome del superiore interesse del minore, ma con esclusione (sia pure *incidenter tantum*) dei rapporti di filiazione da surrogazione di maternità, la giurisprudenza di merito invece ha fatto registrare un diverso atteggiamento, di apprezzabile apertura, come nel caso della recente sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma (23.12.2015/21.03.2016)⁴⁰, che ha consentito al partner di coppia dello stesso sesso l'adozione in casi particolari del nato da surrogazione di maternità e ciò sia sulla base dell'art. 44, comma 1, *lett. d*) della legge sull'adozione che di una valutazione dell'interesse del minore, che valorizza non solo l'idea pluralistica dei modelli familiari, ma anche una concezione funzionale della famiglia, ponente attenzione al rapporto prima ancora che all'atto.

8. Il diritto a conoscere le proprie origini.

Altra e diversa questione è quella che si pone pure per il nato da maternità surrogata, e cioè se si possa parlare di un suo diritto a conoscere le proprie origini e la propria storia genetica. Ritengo che la sentenza *Godelli* della Corte EDU (sez. II, 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09) consenta ormai di fare definitiva chiarezza anche sul punto. Essa afferma che l'interesse del figlio a conoscere le proprie origini fa parte del diritto all'identità della persona, dunque di un diritto fondamentale della personalità, nel nostro sistema oggetto anche di garanzia costituzionale. Ma la Corte EDU afferma anche che l'interesse del figlio a conoscere le proprie origini trova fondamento altresì nella nozione di vita privata *ex art. 8* della CEDU, e dunque è un fondamentale diritto di libertà dell'uomo. È agevole dedurre di qui che l'interesse del figlio a conoscere le proprie origini gode di un doppio titolo di tutela. Solo che tale tutela non può atteggiarsi a tutela incondizionata e comportare il sistematico sacrificio degli eventuali concorrenti e altrettanto meritevoli interessi in conflitto portati dagli altri soggetti coinvolti nel processo procreativo: il che contravverrebbe alla natura stessa del diritto, che non è solo tutela selettiva di determinati interessi ma anche e soprattutto contemperamento e bilanciamento tra interessi in concorso o in conflitto. Questo significa che occorre ricercare il giusto equilibrio e la giusta proporzionalità tra i diversi interessi mediante la predisposizione di appositi meccanismi normativi che segnino il punto di inizio ma al tempo stesso il punto di arresto della possibilità data al figlio di risalire alle proprie origini e alle proprie radici. Un esempio normativo in questo senso è rappresentato dalla normativa sull'adozione, e precisamente dall'art. 28 nella sua attuale riscrittura quale risultante dalla recente normativa di riforma della filiazione (art. 100, *lett.*

40. Su cui M. M. WINKLER, *Figlio di due padri: un caso di stepchild adoption e gestazione dinnanzi al Tribunale di Roma*, in *Il quotidiano giuridico* del 04.04.2016; nonché A. SCHILLACI, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, in *Articolo29.it*, 23 marzo 2016.

p) d. lgs. n. 154/2013), nonché dalla sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013⁴¹ e dalle più recenti pronunce dei giudici della legittimità⁴². Sotto questo aspetto e in presenza di un censurabile vuoto normativo⁴³ non a torto i giudici della Consulta si sono appellati all'anzidetta normativa come possibile disciplina di riferimento, per quel che attiene alla diversa e particolare fattispecie della fecondazione eterologa (sent. n.162/2014).

9. Necessità e urgenza di un'adeguata regolamentazione.

Quanto precede dimostra comunque che il divieto di maternità surrogata ha bisogno di una necessaria rimediazione per uscire dal regno sovrano dell'incertezza e per scongiurare un duplice ordine di rischi che non si possono tacere né tanto meno si possono correre, il rischio della contrattualizzazione della filiazione e l'altro altrettanto grave dello sfruttamento dei soggetti deboli. Parafrasando il filosofo francese Didier Eribon (*De la*

41. Cort. cost., n. 278 del 22. 11. 2013, in *Corr. giur.*, 2014, p. 471 ss., con commento di T. Auletta, che ha ribaltato la precedente decisione n. 425 del 25.11.2005. Trattasi di sentenza additiva di principio, le cui condizioni di effettività e di operatività, in presenza di contrasti emersi nella giurisprudenza di merito, sono state ora transitoriamente precisate, in attesa dell'auspicata *interpositio legislatoris*, da Cass., Sez. Un. civ., n. 1946 del 25.01.2017, in *Guida al diritto*, 2017, n. 8, p. 50 ss., con commento di M. Finocchiaro, che ha enunciato il seguente principio di diritto nell'interesse della legge: "In tema di parto anonimo, per effetto della sentenza delle Corte cost. n. 278 del 2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedurali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte suddetta, idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il più assoluto rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità".

42. V. Cass. civ., sez. I, n. 15024 del 21.07.2016, secondo cui «nel caso di cd. parto anonimo, sussiste il diritto del figlio, dopo la morte della madre, di conoscere le proprie origini biologiche mediante accesso alle informazioni relative all'identità personale della stessa, non potendosi considerare operativo, oltre il limite della vita della madre che ha partorito in anonimo, il termine di cento anni ex art. 93, comma 2, d.lgs. n. 196/2003»; e negli stessi termini Cass. civ., sez. I, n. 22838 del 09.11.2016, la quale tuttavia precisa che anche in questo caso la garanzia del diritto all'identità personale del figlio non deve avvenire in modo da escludere la protezione dell'identità «sociale» costruita in vita dalla madre biologica o da arrecare danno anche non patrimoniale all'immagine, alla reputazione ed ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti e/o familiari); nonché le Sezioni unite, cit. alla nota precedente, in motivazione (punto 12 delle ragioni della decisione). Sul tema le pertinenti considerazioni di C. GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" tra Corti*, in *Jus civile*, 2016, p. 564 ss.

43. In realtà, in ottemperanza all'invito rivolto dalla Consulta con la citata sentenza n. 278/2013, un disegno di legge (n. 1978) è stato approvato dalla Camera dei Deputati il 18 giugno 2015 ed è attualmente all'esame del Senato, ma riguarda soltanto "modifiche da apportare all'art. 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184 e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita". In argomento, da ultimo, anche con particolare riferimento ai nati da fecondazione eterologa e al problematico caso di scambio di embrioni verificatosi all'ospedale Sandro Pertini di Roma e deciso dal Tribunale di Roma in favore della madre partoriente (ord. 08.08.2014), A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 242 ss.

subversion. Droit, norme et politique, Paris, 2010, p. 90)⁴⁴, non bisogna dimenticare che *esistere* viene prima di *riconoscere* o *vietare* e che è l'*esistenza* stessa che genera i discorsi, sicché non possiamo pensare che essa non possa o non debba essere soltanto perché ci fa comodo pensarlo. E questo deve valere, anche e soprattutto per il diritto, la cui unica ragione di essere è quella di mettersi al servizio del difficile mestiere di vivere per approntare le più appropriate regole, non già per astenersi dal farlo. Con la recente bocciatura del rapporto della ginecologa belga Petra De Sutter nel corso della seduta dell'Assemblea parlamentare del 11.10.2016, il Consiglio d'Europa ha sicuramente segnato una battuta di arresto sulla via della predisposizione di una auspicabile linea di salvaguardia dei diritti dei bambini nati da accordi di maternità surrogata: si deve sapere che un diritto soltanto rinunciatario, che dinnanzi alla cruda realtà dei fatti e alla complessità delle questioni dagli stessi sollevate preferisce ritrarsi o sa soltanto vietare anziché regolare, oltre a lasciare senza adeguata protezione giuridica soggetti deboli che maggiormente ne avrebbero bisogno, apre inevitabilmente le porte al caos e al disordine sociale. Parafrasando il titolo di un noto libro di *jurisprudence*⁴⁵, si può concludere dicendo che non è solo urgente, ma anche necessario «far cose con regole».

44. In M. M. WINKLER, *op. loc. ult. cit.*, p. 6.

45. Il riferimento è al volume di W. TWININ, D. MIERS, *How To Do Things With Rules. A Primer of Interpretation* (1^a ed. 1976), trad. it. (con il titolo *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*) di C. Garbarino, presentazione di R. Guastini, nella Collana "Giuristi stranieri di oggi" (a cura di C. M. Mazzoni e V. Varano), Giuffrè, Milano, 1990.

LA FAMIGLIA TRA FUNZIONE SOCIALE E TUTELE INDIVIDUALI

MICHELE SESTA

Prof. ordinario dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. La funzione sociale della famiglia nel pensiero tradizionale dei giuristi. - 2. La funzione sociale della famiglia nella Costituzione. - 3. Dalla famiglia alla persona. - 4. Procreazione e funzione sociale della famiglia.

1. In questi anni appare fortemente accentuata la tensione tra le funzioni di natura spiccatamente sociale storicamente assegnate dal diritto alla famiglia e la diversa prospettiva incentrata piuttosto sulla tutela dei diritti degli individui che la compongono¹. Prospettiva, quest'ultima, già delineatasi a seguito della riforma del 1975, che, pur volendo attuare una dimensione comunitaria della famiglia, ha finito invece per favorire la 'libertà' dei singoli².

Venendo alla funzione sociale, balza evidente come, rispetto a contesti quali quelli del diritto di proprietà, dei contratti, del lavoro e dell'impresa - ove il ricorso alla clausola generale della funzione sociale ha inteso mitigare l'originaria spiccata vocazione individualistica che li caratterizzava - , con riguardo al diritto di famiglia il suo ruolo è stato decisamente differente ed anzi, a ben vedere, del tutto opposto, avendo le finalità sociali dell'istituto rappresentato proprio la giustificazione della compressione delle libertà individuali dei singoli membri del consorzio.

Non v'è dubbio, infatti, che da epoche remote e sino ad ora la famiglia abbia rappresentato un'istituzione³, la cui funzione sociale è stata costantemente riconosciuta, enfatizzata e mai messa in dubbio. Nel pensiero tradizionale dei giuristi - che del resto rifletteva l'esperienza sociale dei tempi (da poco e non interamente) trascorsi - la famiglia costituisce la prima forma di società, nata al fine di soddisfare le esigenze primarie della persona,

1. In argomento SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, II, 1998, p. 811; ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in Ferrando - Fortino - Ruscello (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, (dir. Zatti), I.1, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, p. 22; SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1043 e 1287; ID., «*Famiglia e «famiglie» in Europa*, ivi, p. 7.

2. Sulla dialettica tra le molteplici prospettive FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, *passim*, in part. p. 109 ss.

3. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 109, spec. p. 117: «con un linguaggio che mutua la parola 'istituzione' non dalla terminologia tradizionale, dove sulla parola pesano ipoteche ideologiche che la rendono ambigua e pericolosa, ma dalle pagine di Ludwig Raiser che vede come istituzioni i momenti fondamentali della vita, quali il possesso, la promessa, il contratto, si vuol ribadire che, labili e precari anche quando si rivelano largamente diffusi e socialmente accettati, comunità e unioni extramatrimoniali sono istituti, mentre il matrimonio, pur contestato e ridimensionato e percorso da inquietudini, rimane l'istituzione».

dalla nascita alla morte, e la base della più ampia società civica e statale: essa quindi assolve una essenziale funzione sociale che, nel pensiero di alcuni studiosi, vale addirittura ad attrarre il diritto di famiglia nell'orbita del diritto pubblico⁴.

Già Cicerone sentenziava «*nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae*»⁵. Nel pensiero dell'Arpinate, la finalità sociale della famiglia ne costituisce l'essenza stessa ed è quella di costituire addirittura il fondamento della società civica e di preparare la persona a svolgere i compiti richiesti dallo Stato.

Il passo del *De Officiis* - invero ricondotto alla formula *matrimonium seminarium rei publicae*, benché il termine *coniugium* forse stia qui a significare l'accoppiamento piuttosto che il matrimonio, reso nel prosieguo del testo medesimo con il vocabolo *connubium*⁶ - riecheggia nel titolo della prolusione tenuta da Antonio Cicu negli anni Venti per inaugurare quell'insegnamento bolognese del diritto civile che avrebbe impartito per trent'anni⁷; in essa, sviluppando argomenti già trattati nella monografia "Il diritto di famiglia" del 1914⁸, egli prende le mosse proprio dall'aforisma ciceroniano appena menzionato - che designa la famiglia quale cellula del corpo sociale, monade, nucleo irriducibile, unità organica, base, pietra angolare della società - per evidenziare il nesso tra società domestica e società politica, fra famiglia e Stato. Cicu sottolinea come la società familiare si differenzi dalle altre società di diritto privato che scaturiscono da un atto di autonomia privata. In esse, infatti, è garantita la libertà e l'autonomia di decidere del proprio interesse che, anche ove sia comune, resta sempre apprezzabile e tutelato nella dimensione individuale del privato. Diversamente, nella famiglia l'interesse di ciascun componente assume una valenza di interesse superiore, che trascende quello dei singoli individui, atteso che l'elemento su cui i rapporti familiari si fondano è quello del «dovere» e non quello del «diritto». A dif-

4. Cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1955, 2, p. 584, il quale esplicitamente afferma che la famiglia debba assolvere una funzione sociale, corrispettiva alla garanzia che lo Stato le accorda: «la famiglia ha a sua volta il dovere di adeguare la sua attività alla funzione sociale che le è propria». Al riguardo si vedano le argomentate critiche di RESCIGNO, *L'autonomia delle formazioni sociali nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Persona e comunità*, III, Padova, 1999, p. 59, il quale osserva che «rimane l'innegabile 'sfondo' ideologico che ha le sue radici nella concezione 'pubblicistica' dell'istituto familiare».

5. CICERONE, *De Officiis*, libro 1, § 54.

6. CH.T. LEWIS-CH. SHORT, *A Latin Dictionary*, Oxford, 1879 (= Oxford 1958), ad v. Questa particolare visione della famiglia appare soprattutto centrale nell'ideologia augustea anche se è certamente molto più antica. Oltre che alle puntuali ricerche di RIZZELLI, «*Stuprum*» e «*adulterium*» nella cultura augustea e la *lex Iulia de adulteriis* (Pap. 1 adul. D. 48,5,6,1 e Mod. 9 diff. D. 50,16,101 pr.), in *Bull. ist. dir. rom.*, 90 (1987), pp. 355-388, si può qui rinviare alle recenti e assai suggestive considerazioni svolte da BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2015, p. 191 ss., il quale traduce il vocabolo *coniugium* come matrimonio.

7. CICU, *Matrimonium seminarium reipublicae*, in *Arch. giur.*, 85 (1921), p. 111, ora in *Scritti minori di Antonio Cicu. Scritti di teoria generale del diritto. Diritto di famiglia*, 1, Milano, 1965, p. 199.

8. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, ristampa con lettura di Sesta, Bologna, 1978.

ferenza del contratto, il matrimonio si caratterizza per la sussistenza di un unico interesse superiore degli sposi che assorbe tutti gli altri interessi individuali siano essi contrapposti o comuni⁹.

Più in generale, può dirsi che, nella visione dominante tra gli studiosi sino agli anni Cinquanta, pur nel panorama delle variegate posizioni dottrinali, la disciplina giuridica della famiglia, contrassegnata com'era dalla potestà maritale e patria, appariva fortemente 'funzionalizzata' alla tutela d'interessi 'superiori' ed ultraindividuali, cioè alle esigenze della società e dello Stato¹⁰.

2. Anche nella Costituzione la funzione sociale propria della famiglia, peraltro apertamente svincolata da prospettive statualisti - che ed anzi ad esse manifestamente ostile -, è di tutta evidenza. Ciò emerge, anzitutto, dalla stessa collocazione delle relative disposizioni nell'ambito dei rapporti etico-sociali, nonché dal tenore complessivo dell'art. 29, che, a ben vedere, sembra riecheggiare il noto passo ciceroniano¹¹. Esso, infatti, singolarmente appare quasi rispecchiarsi nella formula della Costituzione che, appunto, riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Non può sfuggire come il termine natura - intorno al quale tanto si era dibattuto in sede di Assemblea costituente - campeggi proprio nell'aforisma ciceroniano, così come ivi compaia un esplicito riferimento alla società e - nella parte finale del passo - anche al matrimonio. Al punto che sembra che il costituente abbia proprio parafrasato il più volte menzionato passo del *De Officiis*. Si osservi, invero, che Cicerone si riferisce anche ai *communa omnia*, così giungendo ad affermare che la famiglia si fonda, oltre che sul matrimonio, anche sul patrimonio, mentre l'art. 29 cost. non contiene riferimenti di carattere patrimoniale. In questa prospettiva, si potrebbe pensare che il disposto dell'art. 42, comma 4, cost., che menziona, in maniera assai sfumata, la successione legittima - che alla famiglia intimamente si lega -, avrebbe potuto trovare una coerente collocazione in chiusura dell'art. 29 cost.¹². È poi

9. CICU, *Il diritto di famiglia*, cit. nt. 8, *passim*.

10. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da Tarello, VI, Bologna, 1976, p. 419 ss., in part. p. 443 ss.; PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale*, Milano, 2011, *passim*.

11. SESTA, *sub art. 29 cost.*, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Milano, 2015, p. 80 ss.; ID., *Persona e famiglia nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Sesta-Cuffaro (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. XV; RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, p. 30. Per una ricostruzione storica del dibattito che accompagnò la formulazione dell'art. 29 cost., PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit. nt. 10, p. 503 ss.; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., nt. 2, p. 67 ss.

12. Per una sintesi dei rapporti tra successioni e famiglia cfr. SESTA, *sub art. 42 cost.*, in ID. (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, Milano, 2011, p. 3 ss., ove si rileva che, nonostante la collocazione della disposizione, nell'ambito della proprietà, «non siano i soli interessi proprietari ad investire la dimensione costituzionale del fenomeno successorio, ma anche i principi solidaristici di natura familiare, i quali si combinano o, più spesso, limitano la libera determinazione del disponente». Per lumeggiare la relazione che sussiste sul piano costituzionale tra vicenda ereditaria e relazioni familiari si è argomentato richiamando l'attività di conformazione della

significativo che il comma 2 dell'art. 29 cost., nell'enunciare il canone dell'eguaglianza tra gli sposi, ne consenta limitazioni «a garanzia dell'unità familiare», evidentemente proprio in considerazione della funzione sociale che la relazione giuridica coniugale è chiamata a svolgere, così testimoniando emblematicamente la primaria finalità superindividuale riconosciuta dall'ordinamento costituzionale alla famiglia.

Occorre sottolineare come il sostantivo società, che qualifica la famiglia, richiami quello di formazione sociale, cui si riferisce l'art. 2 della Costituzione¹³. Si scorge però un significativo profilo di differenziazione tra il disposto dell'art. 29 cost. e quello dell'art. 2 cost.¹⁴, perché mentre quest'ultimo sancisce espressamente la prioritaria tutela dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, che, in quanto tali, ricevono solo una tutela riflessa, l'art. 29 cost., con specifico riguardo alla famiglia, non enuncia espressamente una consimile protezione dei diritti del singolo. Al contrario, la richiamata previsione di limiti al principio di eguaglianza tra i coniugi - che rifletteva l'originaria declinazione del rapporto coniugale dettata dal codice - sembra suggerire che il costituente non avesse affatto considerato come prioritaria una consimile prospettiva di tutela individuale¹⁵. La formula costituzionale, nel riconoscere i diritti della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, sembrava addirittura configurare un centro di interessi distinto da quello dei suoi membri, in qualche modo riecheggiando la teoria organicistica di Antonio Cicu, i cui contenuti del resto furono spesso richiamati, in sede costituyente, specie da Giorgio La Pira¹⁶. Di tale concezione, depurata dei profili statalisti e collocata in una prospettiva comunitaria, si rinviene una tarda testimonianza anche nell'art. 144 c.c., nel quale si precisa che i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. Proprio queste ultime, invero, sembrano coincidere con quegli interessi della famiglia

disciplina successoria ai principi costituzionali in materia di famiglia svolta dalla Corte costituzionale a partire dagli anni Sessanta (SESTA, *sub art. 42 cost.*, cit., p. 7 ss).

13. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit. nt. 2, p. 82, osserva che «la qualificazione costituzionale della famiglia» è «duplice»: quella di società naturale, che viene esplicitata dal legislatore e quella di formazione sociale che è implicita. L'a. scorge tra di esse un «rapporto, non certo di contraddizione e peraltro nemmeno di perfetta identità» nel quale il concetto di formazione sociale costituisce il *genus* e quello di società naturale la specie.

14. BARBERA, *sub art. 2 cost.*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, p. 50 ss.; MORRONE, *sub art. 2 cost.*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 11, p. 6 ss., in part. p. 39; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit. nt. 2, p. 72.

15. GRASSETTI, *Principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei e Levi, I, Firenze, 1950, p. 283 ss., in part. p. 291; L. FERRI, *Il diritto di famiglia e la costituzione della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 112 e in part. p. 123. È solo a partire dagli anni Settanta che l'art. 29 è stato collocato in una prospettiva più generale e messo in stretta correlazione con i principi enunciati dagli art. 2 e 3 della Costituzione. Per una rinnovata lettura dell'art. 29 cost., BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, cit. nt. 14, p. 1 ss.

16. Un'analitica ricostruzione dei lavori della Costituente si legge in PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit. nt. 10, p. 501 ss.

che tradizionalmente erano configurati come preminenti rispetto a quelli individuali dei coniugi. Muovendo dalle disposizioni costituzionali e codicistiche appena richiamate è dunque possibile concludere che l'ordinamento riconosce alla famiglia una natura sociale che la rende unica nel novero degli istituti del diritto privato, nel quale sicuramente il costituente l'ha collocata. Essa, infatti, è *in re ipsa* chiamata a svolgere una funzione sociale, il che la pone in una posizione distinta rispetto a tutti gli altri istituti privatistici. Istituti ai quali, peraltro, non è estraneo - nell'ottica del costituente - il perseguimento di una funzione sociale accanto al soddisfacimento del diritto soggettivo del titolare.

3. L'analisi della recente evoluzione dell'ordinamento giuridico, determinata da rilevanti e ripetuti interventi legislativi, nonché dal formarsi di orientamenti giurisprudenziali nazionali e sovranazionali, testimonia, tuttavia, che la disciplina giuridica della famiglia - proprio con riguardo alla sua funzione sociale - ha intrapreso un percorso esattamente inverso rispetto a quello degli istituti del diritto patrimoniale, quali la proprietà, il contratto, la responsabilità civile, i rapporti di lavoro e d'impresa. Le regole degli istituti appena menzionati, originariamente concepite in un'ottica esasperatamente individualistica, sono state variamente influenzate e corrette grazie all'applicazione, con modalità costituzionalmente orientata, della funzione sociale. Per contro - mentre nella tradizione dell'istituzione, riflessa nella Costituzione, la famiglia si configurava in sé come società, addirittura titolare di diritti propri riconosciuti dallo Stato, ed era chiamata a svolgere una fondamentale funzione etico-sociale, anche a costo di diseguaglianze tra i soggetti coinvolti - il percorso sviluppatosi, con enorme rapidità specie negli ultimi anni, è nel senso di una sempre maggiore valorizzazione degli interessi individuali dei membri della famiglia, degli individui *uti singuli*, apparentemente a scapito di quelli dell'istituzione familiare nel suo insieme, e, quindi, ridimensionandone la funzione sociale¹⁷.

La vicenda recente, infatti, si caratterizza per l'accentuata privatizzazione del diritto di famiglia, efficacemente sintetizzata nel passaggio «dal casato alla persona», evocato dall'incisivo titolo del libro di Encarna Roca, in cui si lumeggia l'emersione della tutela prioritaria dell'individuo rispetto a quella dell'istituzione¹⁸. Nell'esperienza italiana, questo fenomeno ha trovato il suo momento fondante nella caduta del principio dell'indissolubilità del matrimonio, poiché il divorzio consente a ciascuno dei coniugi di porre fine alla relazione matrimoniale e di dare corso ad altre famiglie nell'arco della propria vita¹⁹.

17. MARELLA - MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014, p. ss.; ZATTI, *Tradizione e innovazione*, cit. nt. 1, p. 22 ss.

18. ROCA I TRIAS, *Familia y cambio social: de la casa a la persona*, Madrid, 1999.

19. La giurisprudenza è giunta ormai da tempo ad affermare l'esistenza nell'ordinamento di un diritto costituzionalmente garantito a porre fine all'unione matrimoniale entrata in crisi (Cass., 9 ottobre 2007, n. 21099, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 519, con nota di LENTI, *Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza: la Cassazione abbandona le declamazioni ideologiche e disvela le regole operative*). Sulla famiglia ricomposta o ricostituita

Ad esso hanno fatto seguito molteplici mutamenti legislativi e giurisprudenziali tra loro eterogenei - questi ultimi spesso ispirati dalla giurisprudenza della Cedu²⁰ -, che hanno profondamente inciso sulla valenza dell'istituto matrimoniale e sul fondamento e sulla fisionomia della famiglia. Si pensi, in primo luogo, alla riforma attuata dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219 e dal d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, che ha reso unica la condizione dei figli, disponendo il loro inserimento nelle reti di parentela dei genitori a prescindere dalla sussistenza tra loro del matrimonio (artt. 74 e 258 c.c.)²¹, nonché ha generalizzato la regola secondo cui l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi i genitori, indipendentemente dal fatto che tra loro sussistano legami di diritto o di fatto²². I rapporti di filiazione sono stati dunque funzionalizzati al perseguimento dell'interesse dei figli, tanto che è stato abbandonato il modello della potestà, sostituito con quello della responsabilità, il quale ben si attaglia allo schema che privilegia l'interesse del minore, che è pur sempre individuale e non suscettibile di sacrificio in nome di un superiore interesse della famiglia²³. In breve, le nuove regole hanno radicalmente modificato la nozione di famiglia legale, che ora non appare più necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso, tanto che, come è stato scritto, «sembra esservi una tendenza sempre più forte al superamento del matrimonio come luogo costitutivo degli *status*»²⁴. Sempre con riferimento alla perdita di rilevanza del matrimonio, occorre considerare i successivi interventi legislativi in materia di negoziazione assistita (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche dalla l. 10 novembre 2014, n. 162)²⁵ e di «divorzio breve» (l. 6 maggio 2015, n. 55, «Disposizioni

RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, p. 1 ss.; BILO, *Famiglia ricostituita*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 11, p. 2394; EAD., *I problemi della famiglia ricostituita e le soluzioni dell'ordinamento inglese*, in *Famiglia*, 2004, p. 831; BUZZELLI, *La famiglia «composita». Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli nati da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Napoli, 2012; AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 966 ss.

20. I riflessi delle decisioni della Cedu nell'ordinamento interno sono efficacemente descritti da BONINI-BARALDI, *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 10, *Addenda* di aggiornamento alla III ed., Milano, 2015, p. 47; GIANNITI, *La Cedu e il ruolo delle Corti*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Bologna-Roma, 2015; LONG, *Le fonti di origine extranazionale*, in Ferrando - Fortino - Ruscello (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, cit. nt. 1, p. 127 ss.

21. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 4.

22. SESTA, voce *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, p. 445; AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 466; AL MUREDEN - SESTA, *sub art. 315 bis c.c.*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 10, p. 1150; MORACE-PINELLI, *I provvedimenti riguardo ai figli. L'affidamento condiviso*, in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 687 ss., in part. p. 718 ss.; SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, ivi, p. 119 ss.; CIANCI, *La nozione di responsabilità genitoriale*, ivi, p. 579 ss.; DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 782 ss.

23. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità*, cit. nt. 22, p. 782.

24. DALLA TORRE, *Famiglia senza identità?*, in *Justitia*, 2012, p. 129.

25. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 295 ss.;

in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi²⁶), i quali hanno rimosso e/o attenuato il controllo giudiziale sulla crisi del matrimonio e reso più celere il conseguimento del divorzio²⁷. Da ultimo, la l. 20 maggio 2016, n. 76 ha istituito e regolato l'unione civile tra persone dello stesso sesso ed ha dettato una disciplina delle convivenze di fatto²⁸, mentre rilevanti decisioni giurisprudenziali, sotto molteplici profili, hanno riconosciuto la rilevanza della figura del genitore sociale e, più in generale, dei legami familiari fondati sugli affetti, anche se vissuti in contesti relazionali non riconducibili allo schema dell'art. 29 cost.²⁹ o addirittura contrari alle norme di legge³⁰.

L'osservazione sistematica delle recenti riforme induce a concludere che, per quanto attiene alla relazione di coppia, si è passati dall'unico modello fondato sul matrimonio ad una pluralità di modelli ben differenziati tra loro, quali il matrimonio, l'unione civile tra persone dello stesso sesso, le convivenze, anagraficamente dichiarate o meno, tra persone etero od omosessuali; mentre, per quanto riguarda i figli, è accaduto esattamente il contrario, atteso che la l. 10 dicembre 2012, n. 219 ha abolito le partizioni che contrassegnavano il rapporto di filiazione a seconda che i genitori fossero, o meno, uniti in matrimonio. Il che, nel suo complesso, rappresenta un rovesciamento della prospettiva

BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015, p. 15 ss.

26. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu - Messineo - Mengoni e continuato da Schlesinger, *La crisi della famiglia*, II, Milano, 2015, p. 41 ss.

27. OBERTO, *sub art. 3, l. n. 898/1970*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 10, *Addenda* di aggiornamento alla III ed., Milano, 2015, p. 4 ss.

28. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 881; BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, *ibidem*, p. 919; BLASI, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, in Aa. Vv., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, p. 182; DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016; FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1771; LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 931; QUADRI, "Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la legge affida all'interprete, in *Corr. giur.*, 2016, p. 893; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, VII ed., Padova, 2016, p. 207 e in part. p. 221.

29. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 1025, con nota di VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, con la quale è stata riconosciuta la possibilità di effettuare la c.d. *stepchild adoption* da parte della convivente omosessuale; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *De Jure*, che ha attribuito efficacia in Italia all'atto di nascita straniero che indicava come madri di un minore due soggetti di sesso femminile; Corte cost., 5 ottobre 2016, n. 225, in *De Jure*, che, pur dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 337-ter c.c., ha sottolineato la necessità di garantire una continuità di relazioni con il minore anche con riferimento al rapporto instaurato con il c.d. genitore sociale. Sul punto v. CAMARDI, *Diritti fondamentali e status della persona*, in *Riv. crit. dir. prin.*, 2015, p. 37.

30. Emblematiche sotto questo riguardo le sentenze della Cedu *Paradiso e Campanelli c. Italia*: sez. II, 27/01/2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 828, con nota di SCHUSTER, *Gestazione per altri e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*; id., Grande Camera, 24.1.2017, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 495, annotata da LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*.

costituzionale caratterizzata com'è(ra), da un lato, dalla connotazione della famiglia quale istituzione necessariamente fondata sul matrimonio e, dall'altro, dalla differenziazione della filiazione nel e fuori del matrimonio, che - proprio perché destinataria di ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i membri della famiglia legittima - era ontologicamente differenziata da quest'ultima.

Nell'ordinamento attuale, pertanto, l'art. 29 cost. sembra divenuto un fossile, cioè il resto di un organismo un tempo vivente, mentre il termine «famiglia» non designa un modello unitario, ma è riferito ad una pluralità di relazioni, la cui natura familiare è data dalla sussistenza di legami di vario genere, quali: vincoli giuridici, come il matrimonio, l'unione civile, la stabile convivenza rientrante nella fattispecie regolata dall'art. 1, comma 36, l. 20 maggio 2016, n. 76, l'affinità, l'adozione; vincoli giuridici e biologici, come la filiazione nel e fuori del matrimonio, purché riconosciuta o dichiarata, e la parentela; vincoli meramente biologici, come la filiazione non riconosciuta. Infine anche i rapporti di fatto, come la convivenza non rientrante nella fattispecie legale definita dall'art. 1, commi 36 e 37, l. 20 maggio 2016, n. 76 o le relazioni che si creano nella famiglia ricomposta - in cui i *partner*, coniugati o conviventi di fatto, coabitano insieme ai figli nati da precedenti relazioni e a eventuali figli comuni -, quantomeno con riferimento ad alcuni profili, godono di tutela e, quindi, possono essere ricompresi nell'ambito delle relazioni familiari giuridicamente rilevanti.

Il passaggio dalla tutela dell'istituzione a quella dell'individuo, attuatosi *nonostante* l'art. 29 cost., testimonia che, nell'ambito delle relazioni familiari, la forza della legge sia limitata, come anche la vicenda della legge sulla procreazione medicalmente assistita conferma³¹. Gli approdi delle predette disposizioni, pur nella loro diversa valenza formale e di contenuto, palesano che la legge non ha in sé la forza per conformare ad un modello predeterminato la realtà sociale che intende disciplinare, ma che il diritto - specie il diritto vivente, come applicato e talvolta creato dai giudici - si comporta piuttosto come uno specchio che finisce per riflettere l'immagine di ciò che la mutevole realtà sociale gli pone innanzi: in breve, anziché conformare, esso risulta conformato dalla realtà effettuale. Il che persuade di come lo strumento giuridico, pur nella sua non trascurabile rilevanza, certo non sia sufficiente a dare vita e mantenere modelli familiari precostituiti.

4. In conclusione, tornando alla funzione sociale della famiglia e ancora una volta volgendo l'attenzione a quel passo di Cicerone che sembra averla per primo così efficacemente colta e delineata, si può affermare che lo scemare della *vis matrimonii* conduce a concludere che la prima forma di società - che continuiamo a chiamare famiglia - piuttosto che nel matrimonio (ri)trovi oggi il proprio fondamento nella procreazione, come

31. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza e prassi medica*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 839.

del resto avveniva in origine, se è vero che *prima societas in ipso coniugio* [accoppiamento] *est, proxima in liberis*. Una simile lettura appare confermata dalle disposizioni in materia di unicità dello stato di filiazione e di responsabilità genitoriale, atteso che i genitori hanno lo stesso statuto giuridico rispetto ai figli, indipendentemente dal fatto che siano coniugati e addirittura che convivano; in altri termini, quindi, perché vi sia *giuridicamente* famiglia, non occorre il matrimonio, né che vi sia unità della casa e comunanza di beni³².

Gli attuali lineamenti della famiglia, pertanto, appaiono radicalmente modificati, al punto che, come è stato condivisibilmente osservato: «da tensione sulla società coniugale permanente, ma sembra essersi spostata dal matrimonio alla famiglia, come centro di affetti e di tutela dei figli sino alla completa autonomia patrimoniale spostata sempre più avanti»³³.

Dunque non è più il matrimonio il *seminarium reipublicae*, quanto piuttosto - come ai primordi - il fatto della procreazione; del resto, come è stato scritto con efficacia, «l'indissolubilità del nucleo familiare, uno dei cardini del diritto di famiglia novecentesco nella declinazione italiana, è sopravvissuta al divorzio, ritagliandosi lentamente come risposta pesante ai problemi sollevati dalla leggerezza dei legami sentimentali divenuti flessibili se non informali, un pervasivo spazio culturale e sociologico aggrappato al giuridico rispetto al diritto dei minori alla stabilità affettiva anche all'interno di una post-famiglia resa indissolubile dalla filiazione»³⁴. In altri termini, come ha scritto uno studioso inglese³⁵, l'indissolubilità, in passato riferita al rapporto di coppia, si è trasferita al rapporto genitoriale: il rapporto tra coniugi cessa, ma ove essi siano genitori, non possono non continuare a relazionarsi tra loro per l'assolvimento degli ineludibili compiti di cura dei figli³⁶, così attuando la vocazione sociale delle relazioni familiari.

32. SESTA, voce *Filiazione (diritto civile)*, cit., p. 449.

33. PASSANTI, *Diritto di famiglia*, cit. nt. 10, p. 638.

34. Ivi, p. 639.

35. EEKELAAR, *The End of an Era?*, in KATZ-EEKELAAR-MACLEAN (edd.), *Cross currents, Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford, 2000, p. 649 ss.

36. SESTA, in SESTA - ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit. nt. 26, *La crisi della famiglia*, III, Milano, 2016, p. 42 ss.

UN FILOSOFO DI FRONTE ALL'*INTERPRETATIO PRUDENTIUM*: VISIONI CONTRAPPOSTE SUL VALORE NOMINALE DELL'*HEREDITAS*

FRANCESCA TAMBURI
Ricamatore Università di Firenze

SOMMARIO. 1. Un dibattito tra le righe. – 2. Seneca, i *beneficia*, il *ius*. – 3. *Beneficium* e *iniuria*: l'impostazione giuridica di una questione filosofica. – 4. *Usucapio* e *hereditas*: la critica filosofica di una questione giuridica. – 5. Il *sapiens*, i *prudentes*: il valore nominale dell'*hereditas*. 6. Epilogo.

1. In un passaggio del sesto libro del *de beneficiis*, Lucio Anneo Seneca accennava, quasi *en passant*, alla disciplina elaborata dai *prudentes* in relazione all'usucapione dell'*hereditas* e delle sue singole parti, bollando come *acutae ineptiae* il risultato del lavoro interpretativo svolto sul tema. La questione, per la verità, doveva creare, e certamente aveva creato nel corso del tempo, un certo imbarazzo presso gli stessi giuristi romani, un imbarazzo forse non di molto inferiore rispetto al distacco con il quale a tale istituto guarda il giurista moderno. Ma a colpirci è anche il compiaciuto quanto sprezzante giudizio senecano sul lavoro dei giuristi, che potremmo essere tentati di considerare una mera critica d'occasione.

Dietro a quei fugaci accenni, tuttavia, si nasconde un complesso quadro di suggestioni che consente, da un lato, di giustificare storicamente la riflessione dei giureconsulti romani e, dall'altro, di contestualizzare la critica senecana.

Per far emergere tali suggestioni è innanzitutto necessario prendere le mosse dalla lettura del passo nel contesto della complessiva argomentazione in cui si iscrive: più in generale, considerando le motivazioni letterarie del *de beneficiis* e, nello specifico, del capitolo quinto del libro sesto, dove Seneca introduce la questione dell'opportuna reazione di un soggetto a cui è stato, in un primo momento, dato un beneficio (*dedisti beneficium*) e poi causata *iniuria* (*iniuriam fecisti*). Nel compiere questo sforzo di contestualizzazione, a mio avviso sempre opportuno, emergeranno alla lettura molteplici spunti di notevole interesse per lo storico del diritto, ma, è bene dirlo fin d'ora, non sarà possibile approfondirli tutti. Ci limiteremo ad accennarvi, soffermandoci sui motivi per i quali il filosofo abbia richiamato la riflessione dei giuristi circa l'usucapibilità dell'*hereditas* e delle sue singole parti, e sulle ragioni della sua critica, trovandoci dunque a isolare un dato: la percezione giurisprudenziale del valore nominale dell'*hereditas* come elemento fondamentale di divergenza tra Seneca e i *prudentes*. Proprio per questo approdo del lavoro, una sorta di breve spaccato sull'origine del valore nominale dell'eredità, spero che il tema prescelto possa essere di un qualche interesse per il civilista e, in particolare, per il professor Giovanni Furguele, al quale è dedicato.

2. Il *beneficium* è il tema centrale dell'opera che Seneca inizia a comporre attorno al 62 d.C., e quindi all'indomani del suo abbandono della vita politica attiva e pochi anni prima di essere raggiunto dall'ordine, impartito da Nerone, di togliersi la vita. Dal punto di vista delle motivazioni, l'opera ha un ruolo centrale nel personale progetto senecano di rifondazione etica della società romana¹. Dopo il fallimento del tentativo di incidere attraverso l'esercizio diretto della politica, nella veste di consigliere dell'imperatore, Seneca, come sappiamo, si dedica completamente alla scrittura e i sette libri del *de beneficiis* rappresentano una raffinata riflessione filosofica sul senso del *beneficium*, come fondamento di relazioni sociali ispirate al modello di convivenza ereditato dalla Roma repubblicana. Il 'modello tradizionale' tuttavia, è radicalmente modificato da una concezione del *beneficium* che presenta tratti di assoluta novità rispetto a quelle espresse, sullo stesso tema, in ambiente stoico² e in generale nell'ambito della riflessione filosofica antica. Mentre per gli autori che si erano soffermati precedentemente sul punto il beneficio era risultato della adesione di un soggetto a una determinata rappresentazione esterna, l'assoluta novità di Seneca sta nell'individuare l'essenza del *beneficium* nella 'volontà' di fare il bene³ e nel ritenere che esso rappresenti «il motore di una società, quella imperiale, che egli ha voluto rifondare sul piano etico e politico quand'era precettore e poi ministro di Nerone, e di cui ora intende tramandare, quasi si trattasse di un suo personale beneficio dato alla posterità, i principi ispiratori»⁴.

Ma c'è di più. Il beneficio è, ad avviso di Seneca, lo strumento per colmare le disparità e le iniquità della 'società reale' e avvicinare quest'ultima alla 'società utopica', in cui ogni

1. Come per tutti gli intellettuali dell'epoca in cui Seneca scrive, il suo pensiero si sviluppa, in effetti, attorno all'affermazione, sempre più netta, di un profondo contrasto fra l'ideale filosofico e i meccanismi della vita reale – sul punto, M. CITRONI, *Produzione letteraria e forme del potere. Gli scrittori latini nel I secolo dell'impero*, in A. MOMIGLIANO-A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma* II.1. *La repubblica imperiale*, Torino 1990, p. 406. Più di un filo unisce quest'opera al *de officiis* ciceroniano: traendo probabilmente spunto dalla stessa fonte – Ecatone di Rodi –, il trattato sugli *officia* dedica un non trascurabile spazio ai *beneficia*, entrambe le opere sono volte a fornire un modello su cui rifondare la convivenza dei cittadini, in un caso della Repubblica in crisi nell'altro del primo Principato, ed entrambe, non a caso, sono composte in una fase di disillusione dell'esperienza politica dei loro autori. Su analogie e differenze tra le due opere, recentemente, R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli, 2011, p. 180 ss., part. 187 ss.

2. La questione relativa alle fonti dell'opera – in primo luogo Ecatone di Rodi e, probabilmente attraverso quest'ultimo, Crisippo – è annosa e non possiamo qui che rinviare al dibattito specialisti, in particolare, per tutti, F.-R. CHAUMARTIN, *Le de beneficiis de Senèque, sa signification philosophique, politique et sociale*, Lille-Paris, 1985, part. p. 31 ss. Sulla rifondazione del quadro complessivo delle relazioni, anche in rapporto al modello romano, presupposto del *de beneficiis*, R. RACCANELLI, *Esercizi di dono. Pragmatica e paradossi delle relazioni nel de beneficiis di Seneca*, Palermo, 2010, p. 53 ss., la quale parla di una vera e propria «ristrutturazione del contraccambio».

3. Sulla centralità dell'elemento volontaristico, R. MARINO, *Lo 'stigma' dell'estraneità: il beneficium tra volontà e virtù*, in G. PICONE, L. BELTRAMI e L. RICOTTILI (a cura di), *Benefattori e beneficiati. La relazione asimmetrica nel de beneficiis di Seneca*, Palermo, 2011, p. 273 ss.

4. M. MENGHI, *Introduzione. Seneca De beneficiis*, Roma-Bari, 2008, p. IX; ma sul punto anche R. RACCANELLI, *Esercizi di dono*, cit., p. 46 ss.

soggetto possa sentirsi cittadino, non solo di una comunità, ma dell'intero cosmo, e possa agire obbligato a un comportamento improntato alla convivenza civile, non dalle leggi positive ma dalla sua stessa virtù⁵. Il *beneficium* rappresenterebbe quindi lo strumento per colmare l'inevitabile divario tra la 'società reale', in cui un cittadino tiene un determinato comportamento per il timore della sanzione delle leggi, e la 'società utopica', in cui lo fa per la propria intima convinzione di uniformarsi alla legge del cosmo. È tuttavia necessario che il dono sia fatto, ricevuto e ricambiato secondo uno specifico e opportuno canone di comportamento, esiste una *lex* relativa al meccanismo del *beneficium* che non era stata prima di allora teorizzata, e l'opera di Seneca, come egli stesso dichiara fin dall'apertura del trattato, intende colmare questo vuoto⁶.

Tali premesse, esposte in modo assolutamente sommario e con più di un'approssimazione, ci fanno immediatamente comprendere come, in Seneca, l'indagine sui *beneficia* risulti spesso tangente a un giudizio sul ruolo del diritto nella società, così come, più in generale, il suo insegnamento si pone in maniera dialettica nei confronti del *ius* come paradigma di regolazione dei rapporti sociali⁷ e come disciplina capace di educare l'uomo al perseguimento del bene e alla costruzione di una società più equa. Si tratta di un'impli-

5. Sul significato antropologico del dono nelle società arcaiche, necessario presupposto per comprendere l'incidenza del tema del *beneficium* per la società romana, come per ogni società arcaica, non possiamo che rinviare al classico e affascinante saggio di M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, trad. it. Di F. Zannino, Roma-Bari, 2002, attualmente oggetto di una rilettura da parte di M. CAROSSO, *Le relazioni di dono. Chiavi di lettura recenti di un classico dell'antropologia*, in G. PICONE, L. BELTRAMI e L. RICOTTILLI (a cura di), *Benefattori e beneficiati*, cit., p. 47 ss.

6. Sen. *de ben.* 1.4.2-5. L'approccio di Seneca, tipicamente romano, si distacca dall'impostazione più teorica fornita dai suoi predecessori (*supra* nt. 2) e mira a fornire un vero e proprio complesso di regole pratiche e operative, al fine di indicare il corretto e opportuno funzionamento del meccanismo del *beneficium* – sul punto, R. RACCANELLI, *Esercizi di dono*, cit., p. 41 ss. A questo scopo, eminentemente pratico appunto, di incidere con l'insegnamento teorico sulla vita pratica, ben si addice un tipo di filosofia, come quella di Seneca, intesa come *parenesis* – M. CITRONI, *Produzione letteraria*, cit., p. 413; ma sull'indissolubile legame, in Seneca, tra vita e ricerca «finalizzata a giovare a se stesso, ai contemporanei, ai posteri», I. LANA, *Seneca: la vita come ricerca*, in A. SETAIOLI (a cura di), *Seneca e la cultura: atti del convegno. Perugia, 9 e 10 novembre 1989*, Napoli, 1991, p. 11 ss. (la citazione è tratta dallo stesso Autore, p. 14). In questo senso mi sembra condivisibile la critica mossa da P. LI CAUSI, *Fra creditum e beneficium. La pratica difficile del 'dono' nel de beneficiis di Seneca*, in *I quaderni del ramo d'oro on-line*, 2009, 2, p. 227 ss. a M. GRIFFIN, *De beneficiis and Roman Society*, in *JRS*, 2003, 93, p. 92 ss.; EAD., *Seneca as a Sociologist: de beneficiis*, in A. DE VIVO, E. LO CASCIO (a cura di), *Seneca uomo politico e l'età di Claudio e di Nerone. Atti del Convegno internazionale (Capri 25-27 marzo 1999)*, Bari 2003, p. 89 ss., secondo la quale il *de beneficiis* restituirebbe pratiche diffuse nella società in cui Seneca visse; viceversa pare effettivamente emergere, anche nel passaggio oggetto di questo studio, l'intento educativo e correttivo rispetto alla semplice proposta di comportamenti conosciuti dall'autore.

7. Il diritto è per Seneca lo strumento imperfetto per regolare una società imperfetta, quella reale. Il saggio, a suo avviso, può contribuire a impostare tale società reale secondo un modello di convivenza giusta, in particolare educando quanti, per sorte, governano la *civitas*. La morale dell'uomo politico, dunque, è fondamentale per garantire il buon governo di una collettività. Ciò detto, a diverse forme di governo corrispondono, a suo avviso, diversi gradi di perfezione, nel più elevato dei quali le leggi e il potere costituito sono inutili. Sul punto, R.A. TORTORA, *La "inferiorità" del diritto nel pensiero di Seneca*, in *Jus*, 1979, 26.1, p. 98 ss.

cazione che non può essere sottaciuta quando tentiamo di interpretare le parole di Seneca, anche in relazione all'*usucapio* dell'*hereditas* e all'impostazione che a essa hanno dato i *prudentes*, perché tale giudizio si iscrive in un contesto fortemente determinato, oltre che estremamente allusivo.

Quasi in ogni luogo della sua complessa opera, e anche nello specifico passaggio di cui ci occupiamo, il filosofo è costantemente in dialogo con il modello di una società organizzata attraverso il diritto e, atteso il carattere giurisprudenziale del sistema giuridico romano, ciò implica necessariamente dare un giudizio sulla *interpretatio* degli *iuris consulti*. Nell'articolazione di questa critica e nelle sue implicazioni si annida, appunto, quel senso ulteriore della sua riflessione di cui andiamo qui alla ricerca.

3. Scendendo nel concreto degli argomenti del *de beneficiis*, Seneca approfondisce, nei primi quattro libri⁸, il tema del *beneficium* come modello esemplare di relazione sociale: un atto di generosità che può (e dovrebbe) essere compiuto in modo disinteressato da chiunque, indipendentemente dalle differenze di *status* e sociali – liberi e schiavi, ricchi e poveri, allievi e maestri... –, e al quale deve corrispondere un atto di riconoscenza e il compimento di un altro gesto di liberalità. Nei successivi tre ulteriori libri vengono analizzate, in particolare, svariate situazioni in cui si può mostrare il meccanismo del *beneficium*, alla presenza di diversi protagonisti e di possibili 'variabili di relazione'⁹. Ed è proprio esaminando una di queste variabili che il filosofo apre la parentesi relativa all'*hereditas* che qui ci interessa. Più precisamente, il filosofo approfondisce il rapporto tra il *beneficium* e l'*iniuria*, compiute dal medesimo soggetto nei confronti di un altro, il quale, ed è questo il punto centrale, deve scegliere la reazione opportuna¹⁰. La trattazione appare un'occasione per ripercorrere le tematiche di fondo dell'opera e per alludere a spazi di confronto e critica, ben al di là del tema trattato. Il diritto è, fin dalle prime battute, centrale¹¹.

8. La materia dell'opera sarebbe esaurita in tali primi quattro libri, secondo l'ammissione dello stesso Seneca (*de ben.* 5.1), mentre i successivi risponderebbero a una sorta di gioco intellettuale, il sesto, in particolare, sarebbe stato composto per rispondere all'insistenza di Ebuzio Liberale, il dedicatario dell'opera – cfr. F.-R. CHAUMARTIN, *Le de beneficiis*, cit., p. 12 ss.; ma anche F. PRÉCHAC, *Introduction a Sénèque. Des bienfaits*, I, Paris, 1972, p. XV ss. Su Liberale, *infra* nt. 26.

9. R. RACCANELLI, *Esercizi di dono*, cit., p. 133, definisce l'indagine puntuale dei diversi contesti di relazione esaminati da Seneca come un «vaglio minuzioso di segni comunicativi e configurazioni interattive» operato lavorando «nel vivo della prassi quotidiana, con il sostegno di una minuta precettistica». L'astrattezza del precetto filosofico si incontra, dunque, con la concretezza dei comportamenti. Certamente anche per questo, lo vedremo, il diritto rappresenta, soprattutto nei casi che appaiono più impalpabili, più inafferrabili, un *medium* utile per favorire la comunicazione con il lettore.

10. Sen. *de ben.* 6.5.1. Si tratta di una di quelle situazioni che R. RACCANELLI, *Esercizi di dono*, cit., p. 140, definisce «segnali commutatori delle configurazioni del beneficio», contesti in cui i protagonisti del beneficio sono posti di fronte a situazioni che non sono facilmente classificabili secondo gli usuali modelli relazionali del beneficio.

11. Si tratta di un passaggio in cui Seneca «parla da filosofo, e se ne compiace non poco», osserva,

L'impostazione del problema filosofico appare, in effetti, agli occhi dello studioso del diritto, immediatamente familiare: al *beneficium* si risponde con la gratitudine (*gratia*), scrive Seneca, all'*iniuria* con la vendetta (*ultio*), chi ha ricevuto il beneficio deve all'altro riconoscenza, costui deve al primo una *poena*; così facendo, l'uno è sciolto dall'altro, i due soggetti si liberano reciprocamente, tramite la riconoscenza e la pena, appunto, rispondendo, con conseguenze di segno opposto, all'obbligo che, a loro volta, con il *beneficium* e con l'*iniuria* si sono assunti.

Il problema appare impostato come una riflessione su una questione giuridica, i termini del discorso rinviano a un rapporto di reciproco obbligo, e uno dei due corni della relazione è rappresentato dal *delictum* di *iniuria*, da cui scaturisce una *obligatio* dalla quale ci si libera con il pagamento di una *poena*¹². L'approccio può sembrare singolare, ma è, come sa chi si è interessato dell'opera senecana, tutt'altro che inusuale: molti studiosi si sono soffermati sulla competenza giuridica del filosofo e sul frequente ricorso al linguaggio del diritto, impiegato spesso per rendere più accessibili al lettore concetti altrimenti troppo astratti¹³. Il passaggio rappresenta quindi solo una conferma, o uno dei possibili esempi, della padronanza senecana relativa alle tematiche del *ius* e al suo linguaggio, senza che questo, ovviamente, ci autorizzi, come è stato proposto in passato, a domandarci se possiamo considerare Seneca un giureconsulto¹⁴. Ma sul punto torneremo.

viceversa, A. GUARINO, *Seneca e il diritto*, in *Atti dell'Accademia Pontiniana*, Napoli, 2010, LIX, p. 126, ripercorrendo velocemente, «a volo d'uccello» – egli afferma – *de ben.* 6.5.1-6.1.3, e negando che il filosofo dimostrasse qui la propria competenza giuridica.

12. Il tema della trasformazione del rapporto 'dono-contraccambio' nel suo negativo '*iniuria-ultio*' è costante nell'opera, come nota R. RACCANELLI, *Esercizi di dono*, cit., p. 144 ss., ma nel contesto specifico mi pare che il richiamo all'*iniuria*, come anche il prosieguo della trattazione dimostra, assuma significati ulteriori, almeno mediati e simbolici, rispetto agli altri contesti dell'opera in cui rimanda, semplicemente, alla generica offesa. L'Autrice, a cui si rinvia per ulteriore bibliografia (*o.c.*, p. 145 nt. 22) non utilizza il nostro passo e non fa riferimento all'uso tecnico del vocabolo, che invece a me pare qui indubbio.

13. Di assoluto rilievo, nella storiografia senecana, è il tema della scelta del linguaggio, frutto di una attenta ricerca da parte dell'autore, funzionale all'individuazione di un *sermo* comprensibile al lettore e uno stile che costituisca un veicolo capace di penetrare nella sua volontà e nel suo animo. Sul punto, si rinvia a A. SETAIOLI, *Facundus Seneca. Aspetti della lingua e dell'ideologia senecana*, Bologna, 2000, part. p. 9 ss. e 111 ss. Sul tema, in particolare, del frequente uso del linguaggio giuridico, G. LOTTO, *Linguaggio giuridico e linguaggio filosofico in Seneca. La prima lettera e Lucilio*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini. Atti del Seminario di San Marino 12-14 gennaio 1995*, Torino, 1996, p. 111 ss. Un interessante approccio allo studio della lingua in Seneca è quello proposto da M. VON ALBRECHT, *Sulla lingua e lo stile di Seneca*, in P. PARRONI (a cura di), *Seneca e il suo tempo. Atti del Convegno internazionale di Roma-Cassino 11-14 novembre 1998*, Roma, 2000, p. 227 ss., il quale, soffermandosi su due testi specifici, le epistole 108 e 95, propone una indagine sul linguaggio del filosofo quale strumento dell'argomentazione, uno strumento funzionale al perseguimento dello scopo da raggiungere nello specifico contesto. Una lettura, questa, che mi pare sia confermata dall'uso del linguaggio giuridico e delle sue metafore nel passaggio del *de beneficiis* di cui ci occupiamo.

14. In questo senso un assai poco convincente F. STELLA MARANCA, *Seneca giureconsulto*, Lanciano, 1926. Condivisibile è, invece, il punto di vista di M. DUCOS, *Sénèque et le monde du droit*, in R. CHEVALLIER, R. POIGNAULT (a cura di), *Présence de Sénèque*, Paris, 1991, p. 109, la quale ha il merito di mettere in rilievo l'utilizzo consapevole

Dicevamo, dunque, che una ‘prospettiva giuridica’, per dir così, è indubbiamente evidente nel passo. A partire dal fatto che l’opposto del *beneficium* viene identificato, non in un generico ‘torto’, ma in una offesa giuridicamente qualificata come *iniuria* e perseguita nell’ordinamento attraverso una *poena*, senza contare che si allude a un’obbligazione reciproca da cui ci si libera con una sorta di adempimento idoneo. Sebbene non si faccia rinvio esplicito alla categoria della *obligatio*¹⁵, ma si parli di uno sciogliersi vicendevole da un ‘obbligo’, è evidente che la riflessione rimandi all’idea dell’obbligazione come rapporto sinallagmatico: l’*alter ab altero absolvido* conserva quasi un ricordo della *ultra citroque obligatio* labeoniana e anticipa la matura evoluzione della definizione dell’*obligatio* stessa come vincolo da cui si è sciolti con l’adempimento¹⁶.

La voluta insistenza sull’uso di immagini tratte dal diritto e il fatto che il riferimento al *ius* sia un momento centrale del ragionamento, in questo specifico passaggio del *de beneficiis*, lo dimostra il confronto con l’epistola ottantunesima della raccolta *ad Lucilium* in cui Seneca torna, per approfondirlo, sullo stesso tema: *sed de isto satis multa in iis libris locuti sumus, qui de beneficiis inscribuntur: illud magis quaerendum videtur quod non satis, existimo, explicatum est, an is, qui profuit nobis, si postea nocuit paria fecit et nos debito solverit*¹⁷. Non abbiamo qui la possibilità di ripercorrere l’intera lettera, analizzando da vicino il linguaggio e le immagini usate, ma possiamo rilevare che, pur essendo questa disseminata di termini tecnici e di allusioni a istituti giuridici, il ruolo del *ius* e del suo linguaggio è, nei due contesti, ben diverso: molto più sfumato nell’epistola, costruita peraltro attraverso un discorso più piano e meno criptico di quello scelto nel trattato. Nella lettera, al diritto si fa davvero ricorso per sfruttare il suo linguaggio e una certa capacità di concretizzare il discorso astratto, senza le implicazioni ulteriori che appaiono emergere nell’opera, e la differenza appare evidente già a un primo sguardo. Rivolgendosi a Lucilio, nelle battute introduttive (*ep. ad Luc.* 81.3), Seneca contrappone il *proficere* al *nocuere*, laddove nel *de beneficiis* aveva usato *beneficium* e *iniuria*. È vero che anche qui egli usa l’espressione *solvere un debitum* (*ep. ad Luc.* 81.3), che immediatamente rinvia all’immagine di un *rigidus iudex*, capace di fornire

del diritto fatto da Seneca, elencando una serie di luoghi significativi della sua opera. Sulle «molteplici sfaccettature, non riconducibili tutte ad un minimo comune denominatore» dei riferimenti giuridici del filosofo, pone opportunamente l’attenzione, A. MANTELLO, ‘Beneficium’ servile – ‘debitum’ naturale. *Sen., de ben.* 3.18.1.ss. – D. 35.1.40.3 (*lan.*, 2 *ex postl. Lab.*), Milano, 1979, p. 37.

15. In senso atecnico, peraltro, ricorre l’uso del verbo *obligo* per indicare il *beneficium*, ad esempio, in *de ben.* 1.1.8, dove viene proposta una situazione analoga a quella approfondita nel nostro passo: *quid expectat qui offendit dum obligat? L’iniuria* è resa con il verbo *offendo* mentre il beneficio è classificato in termini di obbligo.

16. D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad. ed.*); I. 1.3.13.pr.

17. *Sen. ep. ad Luc.* 81.3. L’epistola è certamente successiva al trattato, perché lo presuppone proprio nel passaggio di cui ci stiamo occupando e per questo il confronto tra i due contesti appare particolarmente significativo. Una puntuale analisi della lettera in relazione al dualismo *credittum-beneficium* che Seneca esprime qui, come nell’intero *de beneficiis* (sul punto *infra*. nt. 19), è in G. FALCONE, “*Obligatio est iuris vinculum*”, Torino, 2003, p. 75 ss., e part. 84 ss.

una *sententia* (ep. ad Luc. 81.4), e che, ancora più avanti, ripropone la contrapposizione *beneficium/iniuria*, affermando, a mo' di obiezione al proprio stesso ragionamento, “*hoc certe, inquis, iustitiae convenit, suum cuique reddere, beneficio gratiam, iniuriae talionem aut certe malam gratiam*” (ep. ad Luc. 81.7). Proprio in questa ultima frase, peraltro, l'uso del linguaggio e delle immagini giuridiche sembra raggiungere il suo acme, con il richiamo al fatto che sia proprio della *iustitia* il *suum cuique reddere*, con il rinvio al *talio* come sanzione (originaria) dell'*iniuria* – suggestioni di enorme portata su cui non possiamo qui soffermarci¹⁸. Ma è anche vero che, da questo momento in poi, e cioè dal momento dell'impostazione del problema, il discorso ha un impianto esclusivamente filosofico, centrato sulla dimostrazione del fatto che *nemo referre gratiam scit nisi sapiens*: nessuno, cioè, sa rispondere alla *gratia* come il sapiente.

Nel *de beneficiis*, invece, le immagini tratte dal diritto non si fermano dove le abbiamo lasciate, dimostrandosi qualcosa di più di semplici metafore linguistiche. Quando diciamo: “gli ho restituito il beneficio”, osserva infatti Seneca, non intendiamo che dobbiamo restituire proprio ciò che abbiamo ricevuto, ma altro al posto di quello – il *tantundem* verrebbe da dire in termini giuridici, contrapposto all'*idem*. *Reddere* significa *rem pro re dare*, osserva, proponendo una sorta di etimologia che individua nel *reddere* il dare una cosa in cambio di un'altra cosa (*de ben.* 6.5.2). Infatti, nella *solutio*, non si restituisce l'*idem* ma il *tantundem*, precisa il filosofo, ricorrendo infine ai termini specifici del linguaggio tecnico. Appare del tutto evidente che Seneca argomenti sul *reddere*, come modalità di restituzione con cui si potrebbe rispondere al *beneficium*, paragonando l'intero rapporto al mutuo: proiettandolo, dunque, sullo sfondo concettuale dell'*obligatio*, stavolta una *obligatio re contracta*, secondo le categorie gaiane e romanistiche, il prestito di consumo che si sostanzia nella *datio* di una *res* con l'obbligo della restituzione di un equivalente, momento quest'ultimo che può essere indicato come la liberazione, *solutio*, del mutuatario dall'impegno assunto allorché egli ha ricevuto il bene tramite la *datio* (*traditio*)¹⁹.

18. Mi limito a rinviare, qui, sul primo punto, al lavoro di G. FALCONE, *Ius suum cuique tribuere*, in *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano, 2008, p. 1002, il quale, nell'ambito di una riflessione attorno alla definizione ulpiana di *iustitia* conservata in D. 1.1.10.pr., analizza il passaggio senecano come testimonianza della diffusione dell'idea della *iustitia* come *suum cuique tribuere*.

19. Siamo di fronte all'immagine del *beneficium* che diventa *creditum*, sebbene il termine non venga qui usato esplicitamente. Ma l'accostamento è anche altrove, nel trattato, operato per essere criticato, come negazione del meccanismo del dono stesso – R. RACCANELLI, *Esercizi di dono*, cit., p. 141 ss. Sul punto cfr. G. FALCONE, “*Obligatio*”, cit., p. 75 ss. Come osserva, a me pare efficacemente, P. LI CAUSI, *Fra creditum e beneficium*, cit., p. 234 ss. «Il credito funziona come un operatore analogico che se da un lato è buono per pensare alcune caratteristiche peculiari del dono, dall'altro permette di individuare le differenze irriducibili fra i due ambiti». Una distinzione presente in Seneca tra mondo morale e mondo giuridico, leggibile nella contrapposizione tra *beneficium* e *creditum* è, a mio avviso opportunamente, individuata in A. MANTELLO, “*Beneficium*” *servile*, cit., p. 72 ss.; lo stesso Autore (Id., *Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo Principato*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano*, cit., p. 158 ss.) individua, tra il I e il II secolo d.C., e in particolare nella riflessione senecana del *de beneficiis*, una riflessione, seppur faticosa e non priva di contraddizioni, tra il ‘giuridico’

Seneca apre così, nel *de beneficiis*, una parentesi sul significato di *reddere*, che gli serve per sciogliere la questione della relazione tra *dare beneficium/facere iniuria*. E la stessa parentesi la aprirà nel prosieguo della già citata epistola ottantunesima, strutturandola come un vero e proprio *excursus* linguistico volto a chiarire il senso della ‘restituzione’ e lodando l’efficacia e l’appropriatezza dei vocaboli della lingua antica (*ep. ad Luc.* 81.9). In particolare, si sofferma sulla differenza tra il verbo *referre*, in cui è implicito il senso di una consegna spontanea di ciò che si deve, del conferire, cioè, qualcosa a chi ce l’ha data, e il *reddere* – il *gratiam reddere* –, che rinvia alla restituzione di qualcosa solo perché dovuto e perfino proprio malgrado²⁰. E, ancora, il filosofo osserva come si preferisca evitare l’uso di espressioni come *reponere beneficium* e di vocaboli come *solvere*, perché rimandano all’idea della restituzione di denaro²¹. Ebbene, vediamo subito come sia proprio alla terminologia che qui nell’epistola mostra di rifiutare, che il filosofo aveva fatto ricorso nel corrispondente passaggio del *de beneficiis*. Non è, evidentemente, un caso²², e per confermarlo, è bene tornare al trattato.

Tanto la scelta della prospettiva giuridica è centrale per l’argomentazione, che Seneca vi calca la mano, soffermandosi su due ‘modalità di adempimento’ dell’obbligazione che consentono di chiarire ancor meglio l’idea già esposta. Infatti, osserva, diciamo di aver restituito il denaro anche se abbiamo corrisposto monete d’oro in luogo di monete d’argen-

e il ‘non-giuridico’. In relazione al rapporto tra etica e diritto osseva il problema, R. FIORI, *Bonus vir*, cit., p. 183 ss. il quale ritiene che in Seneca (come in Cicerone) sia il debito che l’obbligo di ricambiare il beneficio (il *referre gratiam*) rappresentino *officia necessaria*, e dunque che, tanto il filosofo quanto l’Arpinate, non percepiscano una distinzione tra i due ambiti, riconducibili, secondo le moderne categorie, all’etica e al diritto. Sulla distinzione tra *beneficium* e *vinculum iuris*, anche G. FINAZZI, *Amicizia e doveri giuridici*, in A. CORBINO, M. HUMBERT e G. NEGRI (a cura di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana*, Pavia, 2010, p. 692 ss., il quale pone i due concetti in aperta contrapposizione, anche nel contesto del *de beneficiis* senecano. Sulla separazione fra le sfera della doverosità giuridica e quella della doverosità morale, in connessione all’uso di termini come *officium* e *beneficium*, nella stessa riflessione giurisprudenziale, interessanti le riflessioni, del tutto condivisibili, di G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed. - D 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare)*, in AUPA, LIX, 2016, pp. 241 ss. part. 247 ss.

20. Anche i moderni studiosi del dono, peraltro, sottolineano la differenza tra il dono, che è espressione di un legame tra due soggetti, e lo scambio, anche economicamente valutabile – cfr. T. GODBOUT, A. CAILLÉ, *Lo spirito del dono*, Torino, 2^a ed., 2002, p. 217 ss.

21. In questo senso, P. LI CAUSI, *Fra creditum e beneficium*, cit., p. 246, il quale individua uno spostamento della percezione della relazione nel momento in cui il beneficiario si pone nei confronti della necessità di contraccambiare al dono come di fronte alla *solutio* di un debito.

22. R. FIORI, *Bonus vir*, cit., p. 186, rileva l’incongruenza tra la terminologia usata in *ep.* 81.9 e la generica ‘violazione’, nel *de beneficiis*, dei canoni espressivi indicati in quel contesto, e lo attribuisce al fatto che Seneca percepisse come indistinti i profili di doverosità del *creditum* e del *beneficium* – lo abbiamo visto poco sopra –: «la percezione di un comune profilo di doverosità [...] permette allo scrittore di distrarsi e contraddire le regole espressive da egli stesso invocate», osserva. A me pare che, nella specifica interpretazione di *de ben.* 6.5.1 ss., il mutamento delle scelte linguistiche, considerato unitamente all’identità di argomento e di struttura dell’argomentazione con lo scorcio dell’epistola ottantunesima, possa far pensare a qualcos’altro.

to e anche se non sia intervenuto alcun passaggio di denaro; la *solutio*²³ è da considerarsi *perfecta* anche a seguito di una *delegatio verbis* – la delega a un terzo all’adempimento della obbligazione –, attraverso una apposita *stipulatio*, e cioè un impegno assunto per mezzo di una solenne promessa verbale.

Non solo appare confermata la sensazione per la quale il diritto abbia, in questo brano dell’opera, un peso tanto preponderante da doversi spiegare in modo ulteriore rispetto all’usuale ricorso a un efficace linguaggio giuridico: la citazione degli istituti appare troppo precisa e anche il riferimento insistito alle diverse possibilità di *solutio* del debito, che consapevolmente rinvia al tema di fondo della estraneità del *beneficium* rispetto alla disposizione d’animo del debitore nei confronti della *solutio* stessa²⁴, appare singolare nella sua articolazione.

Proprio in questo punto si innesta il passaggio che a noi interessa, con la contestazione di una specifica *interpretatio* giurisprudenziale e con lo sprezzante giudizio sul lavoro dei *prudentes*: nel momento in cui la tecnicità del discorso raggiunge il suo vertice, Seneca deve fermarsi e condurre il ragionamento verso un ridimensionamento dell’approccio giuridico alla questione trattata. È in effetti il confronto con l’epistola a Lucilio a confortarci nell’osservare come il filosofo – e non può che essere un artificio retorico – si fosse volutamente spinto ben oltre nell’uso del linguaggio e delle immagini tratte dal *ius*²⁵, perché il fine era altro, e da questo punto, dal paragrafo terzo da cui siamo partiti, ne cogliamo, a mio avviso, i motivi.

4. Il filosofo, dicevamo, interrompe quindi la propria argomentazione filosofica intrisa di diritto fingendo di anticipare una possibile obiezione di Ebuizio Liberale²⁶, il dedica-

23. È stato contestato il fatto che, con il termine *solutio*, in questo caso, Seneca volesse effettivamente fare riferimento all’adempimento in senso tecnico. Dopo che per anni la dottrina ha sostenuto questa ipotesi – cfr., per tutti, G. SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano, 1971, p. 63; J.L. ALONSO, *Estudios sobre la delegación*, I, Santiago de Compostela, 2001, p. 276 ss. –, A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente debitore in solutum dare*, Milano, 2008, p. 139 (a cui si rinvia per l’ulteriore bibliografia) l’ha rifiutata ritenendo che il filosofo volesse intendere con il termine *solutio* una più generica e atecnica *satisfactio*. Tuttavia non vedo alcuna ragione per negare all’autore l’utilizzo di un termine tecnico nel suo senso proprio. Piuttosto mi pare più decisivo, ma in senso contrario, il fatto che tutta l’argomentazione senecana sia costruita attorno a termini tecnici e a metafore giuridiche assolutamente appropriate.

24. Sul punto, *supra* nt. 19.

25. Sebbene sia vero, come si è detto, che Seneca attinge a un vocabolario del *beneficium* tangente al linguaggio del *creditum*, identità linguistica che affonda le proprie radici in una comune derivazione delle pratiche sociali fondanti le due sfere, in questo punto del *de beneficiis* sembra proprio di essere di fronte ad una strategia comunicativa ulteriore, in cui l’uso del linguaggio giuridico si approfondisce, andando al di là della «fruibilità di vocaboli appartenenti a campi semantici diversi ma sovrapponibili», per usare le parole di R. MARINO, *Fra diritto e morale, il concetto metagiuridico di beneficium nel trattato senecano*, in *Latina Didaxis XVIII. Atti del Convegno 11-12 aprile 2003*, Genova, 2003, p. 90.

26. Pur dedicandogli il trattato, Seneca non si sofferma in apertura, come talvolta è d’uso, né sulla figura di Ebuizio Liberale né sul rapporto di amicizia che li univa, anche se ne loda la liberalità e la propensione a

tario dell'opera, il cui immaginario punto di vista è prospettato come un vero e proprio discorso diretto. L'obiezione ha il preciso scopo di contestare l'approccio 'da giurista' con cui il discorso era stato condotto fino a quel momento.

Sen. de ben. 6.5.3 *Videris mihi dicere: 'Perdis operam; quorsus enim pertinet scire me, an maneat, quod non debetur? Iuris consultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usu capi posse sed ea, quae in hereditate sunt, tamquam quicquam aliud sit hereditas quam ea, quae in hereditate sunt...'*

Merita ripercorrere letteralmente il passo: «Sembra che tu mi dica: “Perdi il tuo tempo, che m’interessa infatti sapere se permanga (come dovuto) ciò che non è dovuto? Questi sono sottili cavilli (*acutae ineptiae*) da giureconsulti i quali negano che l’eredità si possa usucapire, ma che possano esserlo le cose che (*ea quae*) sono nell’*hereditas*, come se l’eredità fosse altro, qualcosa di diverso, rispetto ai beni che la costituiscono ...”»²⁷.

Va innanzitutto notato che, nella finzione dello sdoppiamento tra l’‘io narrante’ e quanto avrebbe potuto sollevare il deuteragonista Liberale, è Seneca stesso ad auto-accusarsi di aver parlato come un giureconsulto²⁸, di aver impostato la propria riflessione sui sottili cavilli che egli stesso stigmatizza. Cosa significhi e a cosa rinvii l’espressione *acutae ineptiae* è abbastanza comprensibile, e comunque non è il caso di soffermarsi qui lungamente sul senso della critica, basterà osservare come l’ossimoro valga a rinviare all’acribia interpretativa e allo sforzo concettuale riservato dai giuristi a riflessioni di scarso rilievo²⁹.

fare il bene in *de ben.* 5.1.3-5: il tratto caratteriale dell’amico e l’etimologia del *cognomen Liberalis* che rimanda, evidentemente, alla liberalità, sono considerati, peraltro, ragioni della scelta – G. PICONE, *Le regole del beneficio. Commento tematico a Seneca, De beneficiis, libro I*, Palermo, 2013, p. 17; E. DELLE VEDOVE, *Aspetti della presenza del dedicatario nel de beneficiis di Seneca e raffronto con le prefazioni di Seneca Padre*, in G. PICONE, L. BELTRAMI e L. RICOTTILLI (a cura di), *Benefattori e beneficiati*, cit., p. 100. Ai due Autori, ma per un maggiore approfondimento al secondo, si rinvia per un’analisi del modello di relazione tra Seneca e il suo destinatario. Emerge da entrambi chiaramente che, sebbene il rapporto tra l’autore e il dedicatario sia impostato, e generalmente si realizzi, come un rapporto tra maestro e allievo, non è raro che Seneca affidi a Liberale un ruolo di maggior rilievo nell’argomentazione, tanto da apparire, a tratti, una relazione ‘simmetrica’ o ‘pseudosimmetrica’ (l’immagine è di L. RICOTTILLI, *Tra filologia e semiotica. Ripristino e interpretazione di una formula allocutiva [quid tu? quid vos?]*, in *MD*, 1982, 9, p. 149), da amico-amico, quasi a voler condividere con lui una parte dell’insegnamento della *sapientia*. La tendenza appare maggiore nella seconda parte dell’opera e cioè a partire dal quinto libro, dove Seneca mostra, come abbiamo già accennato, di assecondare le richieste del dedicatario. Il fatto che, come vedremo, nel nostro passo, Seneca affidi proprio a Liberale un’obiezione di un certo rilievo dal punto di vista argomentativo e di una certa complessità dal punto di vista tecnico, mi pare confermi pienamente questo quadro.

27. Per una migliore lettura della frase, che peraltro tutti gli editori rendono in modo analogo nella direzione qui indicata, G. NICOSIA, *Iuris consultorum acutae ineptiae*, in *Studi Martini*, II, Milano, 2009, p. 889, propone di inserire, dopo il *sed*, un *non* – non escludendo altre possibili emendazioni, probabilmente migliorative, ma, a me pare, non del tutto necessarie.

28. Si tratta, in effetti, di una finzione di dialogo, che ha la sua spiegazione, come si è visto (*supra* nt. 26), nell’uso peculiare che Seneca fa del rapporto con il suo interlocutore ai fini argomentativi, per cui non mi pare si possa affermare, con G. NICOSIA, *o.c.*, p. 886, che a parlare non sia Seneca, per potergli sottrarre la ‘responsabilità’, in termini di correttezza, del contenuto giuridico di quanto scritto.

29. D’altronde l’immagine non è distante da quella del lavoro giurisprudenziale, descritto per la sua cavillosa sottigliezza, presente in vari autori non giuristi, in Cicerone, ma anche nei poeti augustei, prima di

Il giudizio è evidentemente in linea con la più generale convinzione senecana della potenziale inefficacia e inutilità del diritto nella società ideale, in connessione con la quale l'idea che le elaborazioni giurisprudenziali approfondiscano questioni di poco conto è assolutamente comprensibile. L' 'acutezza' di tali 'inezie' appare in effetti un riconoscimento, per quanto massimamente ironico³⁰, al fatto che i *prudentes* svolgano il loro lavoro interpretativo e intellettuale con strumenti raffinati e con ragionamenti sottili, il che nulla toglie, ovviamente, alla scarsa fiducia che egli tributa, in una prospettiva filosofica e in ottica educativa, al risultato dei loro sforzi³¹.

Dunque il filosofo fornisce un esempio di queste *acutae ineptiae* e si tratta del fatto che i *prudentes* sostengano l'iusucapibilità dell'*hereditas* ma ammettano l'iusucapibilità delle singole *res hereditariae*. Ciò che Seneca stigmatizza è il fatto che essi distinguano, concettualmente e dunque in sede di regolamentazione, l'*hereditas* dalle cose che la compongono.

È adesso opportuno soffermarci sul problema giuridico e sul perché il filosofo abbia scelto proprio questo tema per esemplificare una inutile sottigliezza.

L'istituto della *usucapio pro herede* e l'evoluzione dell'*usucapio* applicata ai beni ereditari è una delle questioni annose e non del tutto risolte dalla dottrina romanistica³².

La fonte principale della nostra conoscenza del tema è, come sappiamo, Gaio, il quale vi si sofferma, nelle sue *institutiones*, in seno alla trattazione dell'usucapione come modo

Seneca: *callidus*, astuto, ma in senso negativo, è il diritto in *pro Caec.* 23.65; *nafer*, scaltro ma anche cavilloso, è Alfeno, descritto da Orazio in *sat.* 1.1.130 e lo stesso termine è usato per rendere, emblematicamente, il giurista in Ovidio (*her.* 20.30), solo per fare alcuni esempi. Un'analogia che già era stata colta da C. MOATTI, *Tradition et raison chez Cicéron: l'émergence de la rationalité politique à la fin de la république romaine*, in *MEFRA*, 1988, 100, p. 404 nt. 80. Traduce l'espressione in modo più sprezzante, A. GUARINO, *Ineptiae iurisconsultorum*, in *Labeo*, 1977, 23, p. 267 (= in *Pagine di diritto romano, V. La giurisprudenza e i giuristi*, Napoli, 1994, p. 36), «sciocchezze pesate col bilancino, minuzie di ragionamento confinanti con le scemenze».

30. Al contrario, G. NICOSIA, *Iuris consultorum*, cit., p. 896, ritiene che, in qualche modo, l'uso dell'aggettivo riabiliti i giuristi dal momento che, usando *acutae*, Seneca dimostrerebbe che le loro opinioni «proprio insensate non potevano essere considerate».

31. Non è un caso che, in questo senso, proprio *de ben.* 6.5.3 sia citato da A. MANTELLO, '*Benecifium*' servile, cit., p. 34, per dimostrare che Seneca «sapeva prendere spesso le distanze dalla figura del giurista del suo tempo, offrendo di riflesso la prova di non reputare a sé applicabile la concezione che si aveva della relativa attività e funzione».

32. Va citato innanzitutto il lavoro monografico di G. FRANCIOSI, *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, 1965, che rimane tuttora lo studio più completo e approfondito sul tema, per molti aspetti condivisibile anche nel merito. Ma anche C. ST. TOMULESCU, *Gaius 2,55 e l'usucapio pro herede*, in *Scritti in onore di Giuseppe Grosso*, IV, Torino 1971, p. 417 ss. Sono imprescindibili, inoltre, le opinioni espresse sul tema in molte trattazioni dedicate in generale al diritto ereditario, in particolare rinvio qui, senza pretesa di completezza, a P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI. Le successioni. Parte generale*, Roma, 1930, p. 203 ss.; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1946, p. 123; in una prospettiva limitata, ma più diffusamente, ID., *Oggetto dell'antica hereditas*, in *Scritti giuridici, III. Diritto romano*, Milano, 1965, p. 435 ss., ma si veda anche ID., *Universitas e successio. Saggio di anticritica, di storia e di dommatica romana*, in *Scritti giuridici, III*, cit., p. 483 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *Ann. Univ. Palermo, XX*, 1949, p. 276 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano, I. Introduzione. Parte generale*, Milano, 2^a ed., 1967, p. 105 ss.

di acquisto della proprietà su un bene, e gli dedica un lungo excursus: Gai 2.52-57³³. Egli ripercorre, prima il regime dell'istituto come è vigente ai suoi tempi, affermando la possibilità di usucapire un bene ereditario, purché suscettibile di *possessio*, nel tempo di un anno (2.52); quindi, dà ragione di tale annualità del possesso, richiamando la configurazione arcaica dell'istituto – in base alla quale chi avesse posseduto un bene ereditario per un anno avrebbe acquisito il titolo di *heres (velut ipsae hereditates usucapi credebantur)* –, e spiegando che l'*hereditas*, in quanto *res incorporalis* – rispetto al precetto delle XII Tavole secondo cui i *soli* si usucapivano in due anni e le *ceterae res* in un anno – rientrava tra le *ceterae res* (2.53-54); dunque, conclude che, pur essendo stata superata l'originaria forma della *usucapio pro herede*, *tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua possessio remansit*, è stata, cioè, mantenuta la *possessio* annuale anche per l'usucapione delle singole *res hereditariae*, pur trattandosi di beni immobili. Infine (2.55) spiega la *ratio* dell'arcaica *usucapio pro herede*, mostrando, per l'appunto, l'imbarazzo a cui accennavo, che non doveva essere solo suo personale, ma anche dei giureconsulti a lui precedenti: i *veteres* vollero *tam improba possessio et usucapio*, osserva Gaio con parole notissime, per una precisa ragione, e cioè che *maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit et ut creditores haberent a quo suum consequerentur*.

Il livello di 'accettabilità' di tale istituto, in particolare nella sua articolazione originaria in cui l'usucapione di un solo bene costitutivo dell'*hereditas* comportava l'acquisto del titolo di *heres* e della titolarità dell'intero patrimonio ereditario, dipende dalla ricostruzione del contesto sociale e giuridico della Roma della metà del V secolo a.C., in cui possiamo collocare la sua nascita³⁴.

Per questo, il problema dell'*usucapio pro herede* implica una presa di posizione anche rispetto alla natura originaria dell'*hereditas*, al suo contenuto potestativo o patrimoniale, tema che ha impegnato in raffinate riflessioni, in particolare, la romanistica del Novecento, senza risultare mai completamente risolto³⁵. Senza potermi addentrare nei complessi

33. Cfr. P. VOGLI, *o.c.*, p. 110 ss.

34. In questa direzione si muoveva esplicitamente, fin dalla Premessa, G. FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., p. 1 ss., impostando il proprio studio sull'usucapione dell'eredità. Quanto alla collocazione cronologica dell'istituto, sarei propenso ad accettare la datazione alta proposta dallo stesso G. FRANCIOSI, *o.c.*, p. 16 ss., immediatamente a ridosso della redazione delle XII Tavole.

35. Piuttosto schematicamente, secondo P. BONEFANTE, *Corso*, VI, cit., p. 39 ss., l'*hereditas* doveva in origine sostanzarsi nella *successio* della posizione giuridica di *pater familias*, sul modello della *successio* pubblicistica del potere, non vi erano ricompresi i debiti del defunto mentre lo erano tutti gli elementi extrapatrimoniali (*sacra, ius sepulchri*, patronato...); il carattere patrimoniale dell'*hereditas* sarebbe dunque emerso solo in un secondo momento. Alla teoria di Bonfante si contrappone B. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 43; ID., *Obietto*, cit., p. 411 ss.; ID., *Universitas e successio*, cit., p. 451 ss., il quale, escludendo dall'antica *hereditas* tutti gli elementi extrapatrimoniali e la trasmissione della posizione giuridica in seno ai rapporti obbligatori, ritiene che questa si sostanziasse nel subentrare nel *dominium* sui beni materiali, nel loro complesso. B. ALBANESE, *La successione*, cit., p. 272 ss. sostiene che l'originaria *hereditas* indicasse una «entità materiale, oggetto di *dominium*», parallelamente al significato di *familia* come «patrimonio nel suo complesso reale», più tardi, avrebbe indicato l'oggetto del *ius*

argomenti apportati dai nostri maestri, a me pare più coerente con la struttura della società arcaica e con i suoi modelli aggregativi – *familiae*, capeggiate dai loro *patres* e unite nel più ampio modello familiare della *gens* – che l'*hereditas* fosse originariamente costituita da un complesso e composito sistema di poteri che il *pater familias* trasferiva ai propri discendenti. Nelle *familiae*, gruppi strutturati su relazioni personali e identificati in rapporti patrimoniali peculiari – tanto che il termine *familia* rinviava al patrimonio, e poi anche a un insieme dei soggetti uniti da un particolare vincolo³⁶ – il punto di riferimento unico, il centro unico di imputazione delle relazioni, espresse in termini di rapporti potestativi, il titolare unico di rapporti di signoria sulle cose, il soggetto responsabile dei *sacra* domestici, era il *pater familias*³⁷.

A questo complesso insieme di responsabilità giuridiche e relazioni, che indistintamente si traducevano in *potestates*, il padre doveva garantire una continuità per ragioni di interesse familiare, ma anche politico, e i *mores* arcaici avevano precocemente individuato degli strumenti idonei al loro trasferimento, al trasferimento, cioè, dell'*hereditas*: le regole della successione legittima, le forme testamentarie più risalenti, *calatiis comitiis* e *in procinctu*, dunque la *mancipatio familiae*, evolute nel *testamentum per aes et libram*.

In tal modo inquadrata l'antica *hereditas*, mi pare del tutto coerente che i pontefici avessero individuato nell'usucapione un meccanismo per sanare una posizione di 'vacanza' nella titolarità dei beni ereditari – d'altronde è originaria della stessa *usucapio* la funzione sanante rispetto a molte situazioni giuridiche³⁸, e che tale strumento avesse rappresentato un mezzo di pressione nei confronti degli eredi designati o legittimati dalle regole tramandate dai *mores*³⁹. E non vedrei ragioni per non accogliere anche almeno il primo dei due motivi addotti da Gaio per giustificare l'urgenza nell'individuazione di un *heres*, a cui l'*usucapio* era

successionis in capo all'*heres*. A una *hereditas* rappresentata dal contenuto potestativo dei poteri del *pater familias* pensa, mi pare in una posizione più condivisibile, G. FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., p. 33 ss., 51 ss.

36. Da ultimo, sul significato patrimoniale di *familia*, discutendo il senso, anch'esso pienamente patrimoniale, dell'espressione *familia pecuniariaque* diffusa nei rituali più risalenti, P.F. ARCES, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età del decemvirato al diritto classico*, Milano, 2013, p. 95 ss.

37. Particolarmente efficace è la ricostruzione dei rapporti giuridici arcaici che emerge da V. MAROTTA, *Persone, famiglia e successioni*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia giuridica di Roma*, Torino, 2016, p. 34 ss.

38. Sulla connessione tra *hereditas* originaria, considerata come l'insieme dei poteri detenuti dal *pater (potestas)*, e l'arcaica configurazione dell'istituto dell'*usucapio pro herede*, cfr. G. FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., p. 31 ss., part. 33 ss.

39. Non condividerei, in proposito, l'obiezione avanzata, tra gli altri, da P. VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., p. 108, alla motivazione di Gaio per la quale l'istituto sarebbe stato creato come strumento di pressione sull'erede per forzarlo ad accettare, dal momento che, sostiene l'Autore, a tal fine sarebbe bastato prevedere l'usucapione di singoli beni, senza far acquisire il titolo di *heres*: le conseguenze particolarmente gravi della *usucapio pro herede* avrebbero rappresentato uno strumento più efficace di pressione rispetto alla perdita di un singolo bene, allo stesso tempo consentendo di individuare in breve tempo, e in un modo definitivo, un titolare della *familia*. Pur non condividendo in pieno la ricostruzione gaiana, l'Autore – cit., p. 110 – definisce l'istituto: la «trovata ingegnosa della giurisprudenza cautelare».

in grado di fare fronte, e cioè la necessità di assicurare la continuità nell'esercizio dei *sacra*⁴⁰. Anche al di là del peso effettivo che poteva, viceversa, avere l'interesse al soddisfacimento dei debiti ereditari – il secondo 'motivo' gaiano, a cui forse è attribuito un peso eccessivo per l'epoca, mi pare comunque fosse cogente la necessità di identificare il soggetto che esercitasse, in generale, le *potestates* su beni e cose, rimaste prive del soggetto legittimato a gestirle. D'altronde, che Gaio, nel suo ragionamento, facesse ricorso a categorie attualizzanti lo vediamo anche nella giustificazione dell'annualità del possesso, come abbiamo visto spiegato nella collocazione dell'*hereditas* tra le *res incorporalis* e nel suo conseguente inserimento tra le *ceterae res*, usucapibili in un solo anno.

E proprio questo richiamo all'*hereditas* come *res incorporalis* ci consente di tornare alla logica della citazione senecana dell'istituto e alle motivazioni della sua scelta.

5. Seneca stesso ci è, in effetti, testimone, proprio in questo passaggio del *de beneficiis*, dell'abbandono, dovuto all'*interpretatio* giurisprudenziale, dell'*usucapio pro herede* nella sua configurazione arcaica, residuando, sostenuta sempre dall'opinione dei *prudentes*, la possibilità di usucapire singoli beni ereditari – un'*usucapio* ancora *lucrativa* che, come ci informa Gaio (2.57), avrebbe cessato di essere tale solo più tardi, grazie ad un senatoconsulto di Adriano, il quale l'avrebbe sostanzialmente delegittimata consentendone la revoca su iniziativa dell'erede legittimo, con la *petitio hereditatis*.

Ma l'aspetto certamente più interessante che l'evoluzione dell'istituto testimonia e di cui il filosofo ci dà conferma, è l'elaborazione relativa al concetto di *hereditas*. Un'elaborazione che i giureconsulti avevano svolto giungendo a riconoscere il valore nominale della stessa e la sua autonomia concettuale rispetto agli elementi di cui è composta.

L'originaria indistinzione tra *hereditas* e *res hereditariae*, ovvero la loro identificazione, è, in effetti, un presupposto che consente di giustificare la prima configurazione della *usucapio pro herede*, mentre la loro separazione concettuale spiega l'evoluzione successiva di quest'ultima⁴¹. Il tema della natura dell'*hereditas* si colloca sullo sfondo della storia delle cosiddette 'situazioni unificate', nomi collettivi che descrivono un insieme complesso, di

40. Ritiene, invece, Gaio affidabile, in relazione a entrambe le motivazioni addotte per l'istituto, G. FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., p. 57 ss.; sulla stessa linea, G. TUMULESCU, *Gains 2,55*, cit., p. 419 ss., il quale enfatizza, in particolare, la seconda delle due motivazioni, come specchio delle trasformazioni commerciali del III-II secolo a.C., dal momento che, assumendo una posizione a mio avviso non condivisibile, considera l'istituto molto più recente, databile alla tarda repubblica. Considera, in generale, «inadeguati e poco convincenti» i «tentativi di spiegazione» forniti da Gaio in relazione all'*usucapio pro herede* nella sua prima configurazione, G. NICOSIA, *Iuris consultorum*, cit., p. 877, ritenendo che egli li avesse formulati avendo di fronte agli occhi la disciplina per lui attuale, ma giudica le motivazioni addotte in Gai. 2.55 per la durata annuale dell'*usucapio* veritiere (*o.c.*, p. 882). Per un'approfondita lettura del ruolo dei *sacra* nella interpretazione del nostro istituto (su cui è quasi superfluo richiamare la riflessione che Cicerone gli dedica nel *de legibus – de leg.* 2.8.10; 2.9.22 –; e in particolare 2.19.47, ma anche 2.21.52.), G. FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., p. 73 ss.

41. Contrario a legare la trasformazione dell'*usucapio pro herede* alla nascita della categoria delle *res incorporales* è G. FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., p. 167 ss.

cui sono oggetto molteplici relazioni giuridiche, secondo uno degli insiemi classificati da Riccardo Orestano nella sua analisi relativa ai centri di imputazione collettiva⁴².

Alla storia dell'*hereditas* possono applicarsi le riflessioni che l'Autore svolge rispetto alla storia di queste entità collettive e, anzi, a me pare che ne risulti esemplare anche al di là di quanto egli stesso rilevi.

La nascita precoce, in epoca arcaica, di nomi che designano realtà collettive, osserva Orestano, testimonia una particolare funzione del linguaggio, «strumento “sociale” per fare assurgere al livello dell'esistenza obiettiva, siccome altrettante realtà “naturali”, raggruppamenti di cose le quali, viste nella individualità degli elementi costitutivi, o non possedevano i caratteri e le implicazioni che invece presentavano viste unitariamente ... o, addirittura, erano costituite da elementi tra loro ‘*ratione naturae*’ del tutto eterogenei [...] ma che pure, data la funzione economico-sociale che adempivano, si potevano considerare siccome “unità”, identificate da un termine idoneo ad esprimerle, adoperato al singolare»⁴³. Ma, nota ancora l'Autore, questi termini collettivi non erano considerati nell'antichità astratti, bensì, usando le parole di Carisio, *nomina positione singularia intellectu pluralia*⁴⁴, e cioè, “nomi, singolari per desinenza, plurali per intelletto”. Orestano individua quindi una mentalità «cosale» dell'esperienza romana più antica, per la quale, «l'insieme e i suoi elementi sono [...] un tutt'uno: l'insieme “è” i suoi elementi, e questi nella loro totalità “sono” l'insieme»⁴⁵. L'originaria configurazione dell'*hereditas* nel suo complesso appare, dunque, come una *res*: una concezione materiale, questa, che consente di spiegare istituti quali l'*usucapio pro herede*, ma anche la *mancipatio familiae*⁴⁶. In questa prospettiva è comprensibile come l'usucapione di una singola cosa che fa parte della *hereditas* comportasse l'usucapione dell'intero e l'acquisizione del titolo di *heres*.

Ma l'*hereditas*, come molte realtà collettive, subisce un processo di astrazione e smaterializzazione che è certamente acquisito in Gaio, il quale, non solo ammette l'*usucapio* delle singole *res hereditariae* e nega l'*usucapio* dell'*hereditas*, ma, distinguendo tra *res corporales* e *incorporales*, cita l'eredità come primo esempio di queste ultime, identificando l'elemento caratterizzante delle *res incorporales*, e quindi anche dell'*hereditas*, nel fatto che non si possano toccare, come quelle che consistono in un diritto (*iure*), sebbene di queste ‘cose

42. R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1978, p. 121.

43. R. ORESTANO, *o.c.*, p. 119. Ad una originaria concezione materialistica dell'*hereditas*, come *res*, si oppone, invece, G. FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., p. 43. L'idea di una rappresentazione materialistica e la concezione di questa come trasferimento della *potestas* su cose e persone, però non appaiono effettivamente in contrasto, rinviando, i due aspetti, a due prospettive diverse sul punto, l'uno che mette in evidenza il contenuto dell'*hereditas* e l'altra la sua percezione sociale e giuridica.

44. Charis., *ars gram.*, p. 154, ed. Keil.

45. R. ORESTANO, *o.c.*, p. 119 ss. Ma sulla configurazione dell'*hereditas* come una *res*, già B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., p. 272 ss.

46. R. ORESTANO, *o.c.*, p. 138 ss., part. 140 ss. Sul punto, già B. BIONDI, *Obbietto*, cit., p. 435 ss.

incorporali' facciano parte delle 'cose corporali'. Ancora Orestano nota, a proposito di questo passaggio, che vi «si deve [...] vedere la consapevolezza che nella categoria delle *res incorporales* non si avesse soltanto il riflesso di un fenomeno meramente intellettuale e concettuale, ma di situazioni che nel campo del diritto e in funzione del diritto hanno una "vita" e una rilevanza obiettiva: è il diritto, l'ordinamento, l'esperienza giuridica che determina l'esistere di tali figure. Agli occhi del giurista del II secolo tali situazioni continuano ad apparire una "realtà" (onde egli può ancora qualificarle *res*), ma una realtà di natura particolare, per la quale non possono più identificarsi (a differenza di quello che avveniva nella teoria dei *corpora*) con i loro elementi costitutivi, anche se materiali, ma rappresentano un *quid* diverso e distinto, che non si immedesima in essi e anzi ad essi si contrappone, un *quid* che ha esistenza per il diritto e nel diritto: *iures*⁴⁷.

Se quindi il processo di smaterializzazione dell'*hereditas* e l'idea che essa fosse concettualmente (e quindi dal punto di vista della regolazione) distinta dalle cose che la componevano (che a sua volta possono essere corporali e incorporali) è certamente compiuto nel II secolo d.C., quando Gaio vive⁴⁸, esso è certamente stato elaborato e acquisito dalla giurisprudenza del I secolo d.C., dal momento che Seneca può affermare ciò che afferma nel *de beneficiis* riguardo all'*usucapio*⁴⁹: quando i giureconsulti distinguono il regime dell'*usucapio* delle *res hereditariae* da quello dell'*hereditas*, il passaggio si deve essere consumato, e acquisita l'idea di un valore nominale dell'*hereditas*.

Questo, però, non può portarci ad affermare che in *de ben.* 6.5.3 Seneca stia polemizzando con i giuristi suoi contemporanei⁵⁰, mentre potrebbe benissimo egli riferirsi

47. R. ORESTANO, *o.c.*, p. 152. L'idea che la sistemazione gaiana non abbandoni del tutto la vecchia concezione materialistica dell'*hereditas* è già in B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., p. 263 ss. Tralascio, perché ci condurrebbe fuori tema, di entrare nel merito della successiva evoluzione della concezione delle realtà collettive come *universitates*, sebbene mi paia ragionevole ritenere che si tratti di una acquisizione concettuale propria del tardo principato (per tutti, R. ORESTANO, cit., p. 162 ss.) e certamente non ascrivibile alle mani di ignoti interpolatori (P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 45 ss. e in particolare 47 ss.). Si tratta, anzi, concettualmente, della logica conclusione del percorso di smaterializzazione di cui si è parlato, operato con un sempre più consapevole uso, da parte dei giuristi, degli strumenti dell'astrazione, come già anticipava P. VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., p. 154.

48. È l'elaborazione di questo quadro concettuale a presupporre l'idea di *hereditas*, da un lato come *universitas*, in senso oggettivo, dall'altro come *ius heredis*, in senso soggettivo, come diritto posto in capo all'erede e riguardante la titolarità dell'intero – cfr. P. VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., p. 146; ID., *s.v. Hereditas*, in *ED*, Milano 1965, p. 1 ss.; una riflessione recente sul tema, a proposito della vendita di eredità, è in G. GULINA, *Hereditas, res hereditariae, ius heredis. L'oggetto della compravendita di eredità in D. 18.4.2 (Ulp. 9 ad Sab.)*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, III, Tricase, 2016, p. 523 ss. (ove ult. bibl.).

49. Cicerone doveva essere ancora incerto sulla considerazione dell'*hereditas* come entità immateriale, dal momento che, nei *topica* (5.27), non la colloca né tra le *res quae sunt* né tra le *res quae intelleguntur*, ma certamente tra la fine del I secolo a.C. e la seconda metà del I secolo d.C., quando Seneca scrive il *de beneficiis*, il passaggio doveva essere compiuto.

50. A loro sarebbe dovuta la cristallizzazione della disciplina citata da Seneca, invece, secondo B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., p. 278; dello stesso avviso, sostanzialmente, G. NICOSIA, *Iuris consultorum*, cit., p. 890. Sostiene la probabile esistenza di contrasti giurisprudenziali dietro alla trasformazione dell'*usucapio pro herede*, G.

a un dibattito in corso da qualche tempo, anche da qualche decennio, forse addirittura a partire dall'epoca ciceroniana, come un confronto testuale interno all'opera dell'Arpinate potrebbe consentire di affermare⁵¹; e anche l'incertezza, sempre di Cicerone, sulla collocazione dell'*hereditas* rispetto alle *res corporales* e *incorporales* potrebbe andare in questa direzione. La portata della questione, questo è certo, era tale da lasciar presupporre un certo lavoro interpretativo, che è del tutto plausibile avesse preso le mosse in epoca ciceroniana, e quindi in un periodo della storia del pensiero giuridico romano in cui i *prudentes* iniziavano ad usare in modo consapevole lo strumento dell'astrazione⁵².

Seneca, dunque, mostra indirettamente di non condividere proprio l'acquisizione di un valore nominale da parte dell'*hereditas*, non limitandosi a osservare l'assurdità della diversa interpretazione giurisprudenziale relativa all'*usucapio* dell'*hereditas* e delle *res hereditariae*, ma spiegando anche il motivo della critica, nell'impossibilità di distinguere tra l'*hereditas* e le cose che ne fanno parte. Ciò non significa, a mio avviso, come è stato detto, che Seneca fosse rimasto legato alla concezione materialistica arcaica dell'*hereditas*⁵³, ma che, dal suo punto di vista – di non tecnico – non riuscisse a percepire una distinzione che rappresentava un'elaborazione autonoma e peculiare della giurisprudenza⁵⁴.

Ora non resta che domandarci quale fosse il motivo di fondo della distanza. Seneca stesso aveva riflettuto sulla distinzione tra *res corporales* e *incorporales* che, come si è detto,

FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., p. 160, 164 ss., ma ritiene che questi non possano desumersi dal passaggio senecano, che invece descrive una disciplina già affermata.

51. L'Arpinate doveva, infatti, già conoscere la seconda configurazione dell'usucapione applicata alla materia ereditaria, e cioè l'*usucapio* delle *res hereditariae*, se nei *topica*, composti nel 44 a.C., (6.29) definisce l'*hereditas*, come *pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure... nec ea quae legata testamento aut possessione retenta*, quindi l'*hereditas* è il patrimonio (*pecunia*) che deriva a un soggetto secondo il diritto, eccettuate le cose legate e le cose acquistate da un estraneo mediante il possesso – in questo senso anche *de leg.* 2.19.48. Ma ancora doveva persistere anche la vecchia forma, dal momento che egli vi fa riferimento in *ep. ad Att.* 1.5.6 composta nel 68 a.C.: *de Tadiana re mecum Tadius locutus est te ita scripsisse, nihil esse iam, quod laboraretur, quoniam hereditas usu capta esset*. Non posso addentrarmi ulteriormente e, forse, le fonti non consentono neppure un approfondimento relativo al passaggio tra le due forme, ai suoi modi, alla sua datazione. Secondo un procedimento usuale nella storia degli istituti giuridici romani, in effetti, la seconda forma potrebbe essersi in un primo momento affiancata alla precedente, per poi gradualmente sostituirla sulla base di una lettura definitiva dei fenomeni, offerta dagli *invisi consulti*. Sul punto cfr. G. FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., p. 166 ss., il quale (*a.c.*, p. 131 ss.), colloca la trasformazione in uno spazio temporale ben preciso, tra il pontificato di Publio Mucio Scevola e il 90 a.C.; nel I secolo colloca il passaggio C. ST. TUMULESCU, *Gains*, cit., p. 444 ss., il quale ritiene (*a.c.*, p. 445), senza peraltro sostenerne le ragioni, che il testo senecano dimostri come la questione dell'usucapione dell'*hereditas* o dei beni ereditari fosse, quando il filosofo scrive, «una scolastica discussione», nella quale alcuni giuristi sostenevano ancora l'originaria configurazione dell'*usucapio pro herede*.

52. Un uso peculiare e mai tematizzato dai *prudentes*, come osserva A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, Torino, 2ª ed., 2017, p. 192 ss.

53. Così B. ALBANESE, *La successione*, cit., p. 279.

54. B. ALBANESE, *a.L.u.c.*, parla di incomprendibilità della distinzione ai 'profani'; un accenno anche in G. FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., p. 166. C. ST. TUMULESCU, *Gains*, cit., p. 445, attribuisce il giudizio e l'obiezione di Seneca alla sua 'non conoscenza' del diritto.

presuppone la trasformazione dell'*usucapio pro herede*. Nell'epistolario a Lucilio (*ep. ad Luc.* 57.7 ss.) aveva chiarito come 'ciò che è' (*quod est*) potesse essere distinto in due specie, le cose corporali e incorporali, dimostrando, quindi, nella direzione di un'acquisita e matura astrazione, di aver superato l'empasse che ancora frenava Cicerone, il quale identificava le cose corporali con quelle 'che sono', definendo le cose incorporali come quelle che non esistono (*top.* 5.26-27). Come è stato osservato⁵⁵, non possiamo sapere se la posizione del filosofo, che prelude alla classificazione gaiana delle *res*, fosse influenzata da un eventuale dibattito giurisprudenziale contemporaneo sul tema o se fosse un'acquisizione autonoma, tuttavia è certo che Seneca, quando parlava dell'*usucapio pro herede*, sapeva muoversi benissimo tra i presupposti concettuali dell'evoluzione del nostro istituto.

Ora, atteso che egli era certamente responsabile in prima persona di quel che metteva in bocca a Liberale e che parlava, a mio avviso, convintamente, da conoscitore del diritto qual'era, è evidente che non comprendeva (o non intendeva condividere) i motivi dell'esito di una elaborazione giurisprudenziale peculiare, anche rispetto a premesse comuni. Ciò conferma, in ultima analisi, l'estrema autonomia dell'uso dell'astrazione usata dai giureconsulti romani.

Non è inconsistente, a tal proposito, domandarsi come mai Seneca avesse scelto proprio questo esempio per criticare le *acutae ineptiae* degli *iuris consulti*⁵⁶. Quando, nella famosa orazione in difesa di Murena, Cicerone aveva raccolto degli esempi per mettere in ridicolo la cavillosità dei *prudentes*, aveva usato argomenti più 'semplici' e immediati, stigmatizzando l'eccessivo formalismo degli *iuris consulti* nella creazione dei formulari processuali, il loro tentativo di scalzare regole risalenti in tema di matrimonio e la loro rigidità nel perpetuare formule rituali⁵⁷. Il divario tra queste scelte è certamente uno specchio del mutamento del diritto romano; Seneca non avrebbe trovato, negli stessi temi toccati da Cicerone, un appiglio accettabile per criticare i *prudentes*: il processo non presentava più caratteri di esasperato ritualismo, ormai abolite le *legis actiones* e legittimata la procedura formulare, e la coscienza sociale doveva essere stabilmente mutata su temi come il matrimonio e la tutela muliebre. Ma è anche vero che neppure lo stesso Cicerone, come ho avuto occasione di dire⁵⁸, ripropone altrove, nel *de oratore* (1.41.186 ss.), gli stessi esempi, pur prospettando una polemica del tutto sovrapponibile a quella della *pro Murena*: diverso era il contesto letterario. E altrettanto peculiare è il contesto letterario del *de beneficiis* di

55. A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 199 ss.

56. Non è forse privo di significato, non una mera coincidenza, peraltro, che Seneca faccia riferimento ancora all'*usucapio*, e in particolare all'iusucapibilità dei terreni pubblici, nell'altro contesto della sua opera in cui critica il diritto, stavolta alludendo apertamente alla sua capacità educativa: *negant iurisconsulti quicquam usucapi publicum: hoc quod tenes, quod tuum dicis, publicum est, et quidem generis humani* (Sen. *ep. ad Luc.* 88.12). Ma sul punto sarà opportuno soffermarsi in un altro momento.

57. *Pro Mur.* 12.27.

58. F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*, I. Cicerone, Napoli, 2013, p. 110 ss.

Seneca, rivolto a un pubblico colto e consapevole, capace di cogliere questioni che presupponessero una certa preparazione teorica.

Ma, aspetto di ancora maggior rilievo è che, ad una critica sull'approccio teorico dei giuristi, da contrapporsi di lì a breve all'approccio teorico dei filosofi, voleva rifarsi Seneca. E, in questa prospettiva, ad un esempio ad 'alto tasso di astrazione' e capace comunque di dialogare sul piano delle categorie concettuali doveva rivolgersi il filosofo. All'uopo, la questione dell'*hereditas* e della sua identificabilità con le *res hereditariae* appariva certamente adatto, dimostrando un uso dell'astrazione acuto per finalità assolutamente inconsistenti (l'*acuta ineptia...*), un approccio teorico degli *interpretes iuris* lontano, a suo avviso, da qualsiasi possibile obiettivo educativo⁵⁹.

6. In modo necessariamente stringato (e davvero sorvolando sui numerosi spunti che il discorso propone) vorrei adesso seguire fino alla sua conclusione la riflessione del *de beneficiis*, per chiudere il cerchio sul senso profondo dell'intera argomentazione senecana. Continuando a esporre la possibile obiezione di Liberale, il filosofo sollecita (se stesso) a osservare il problema da un altro punto di vista, domandandosi se, essendo stata fatta una largizione e arrecata *iniuria*, è necessario reagire a entrambe, e in particolare al *beneficium*, con la restituzione di un altro *beneficium* (ancora *reddere beneficium*), all'*iniuria* con la vendetta (*vindicare*), oppure se le due azioni si compensino a vicenda (*alterum alteri contribuere*) – *de ben.* 6.5.4.

Dunque, il discorso mantiene un'impostazione marcatamente giuridica, sostituendo, a una prospettiva 'sostanziale' una 'processuale'. Seneca fa contrapporre a Liberale le due possibili modalità di soluzione della questione: come si deciderebbe *in foro*, cioè nel tribunale – dove la soluzione sarebbe la prima (*illud in hoc foro*) – o in una *schola iuris*, anzi in *vestra schola iuris*, da tradursi, a mio avviso come 'scuola stoica', ma attraverso una traslitterazione compiuta ancora a partire dalle forme del *ius* e rinviando cioè indirettamente alla divisione in *sectae* dei giureconsulti (Proculiani e Sabiniani o Cassiani), *sectae* certamente vitali al tempo di Seneca (*de ben.* 6.5.4).

Nella prospettiva del foro, si dice, si separano le azioni, quella per la quale agiamo e quella per la quale siamo oggetto di una azione, di una pretesa – la *formula* (indubbio è qui il riferimento alla *formula iudicii*) –, e si propone anche un esempio: se qualcuno avrà depositato presso di me del denaro (si rinvia al contratto di deposito, forse al deposito irregolare) e poi mi avrà derubato, lui agirà contro di me per il deposito (l'allusione è all'*actio depositi*, *in factum* o *in ius ex fide bona*) e io contro di lui per il furto (l'allusione è all'*actio furti*).

Di nuovo, avendo condotto il discorso a un notevole livello di tecnicità, dal punto di vista giuridico, Seneca si ferma, e chiude sulla questione, fingendo di rispondere alle obie-

59. Una significativa affinità è riscontrabile, anche in questo caso, con l'epistola ottantottesima (cfr. *supra* nt. 56). E, ancora, non può essere un caso.

zioni di Liberale (*de ben.* 6.6.1-3). E, con un ulteriore ripiegamento critico nei confronti del diritto, che a tratti può addirittura apparire difficile da seguire, l'autore osserva che gli esempi addotti sono regolamentati da *leges* differenti (qui legge deve far riferimento in generale alle regole giuridiche) e che è obbligatorio seguire (*neesse est sequi*): leggi puntuali, dunque, e un paradigma, quello del diritto, che impone un comportamento all'uomo. Ed eccoci al cuore della questione, rispetto al quale comprendiamo la strumentalità dell'intero discorso. Il punto, conclude, è che il *beneficium* non è soggetto ad alcuna *lex*; è il soggetto stesso l'arbitro della reazione opportuna.

Il linguaggio, e non possiamo qui ripercorrerlo, è ancora, a tratti, quello del diritto, ma in modo ben più sfumato, e fino a degradare verso una riflessione priva di implicazioni giuridiche. È la prospettiva della filosofia, la *sapientia*, che si sostituisce alla prospettiva del diritto.

Appare, dunque, chiaro a mio avviso quanto il pervasivo riferimento al 'diritto', presente nell'intera argomentazione, risulti strumentale per un fine molto più alto della mera comunicazione linguistica: è un intero mondo, quello del *ius*, a essere evocato, attraverso il richiamo puntuale di alcuni rapporti giuridici e delle loro regole. E lo si evoca per poi metterle in discussione l'efficacia educativa oltre che la capacità regolativa dei rapporti umani⁶⁰.

Si tratta di una scelta efficacissima dal punto di vista letterario e narrativo-argomentativo, che da un lato conferma, come abbiamo detto, la capacità di Seneca di muoversi all'interno delle regole giuridiche e del dibattito giurisprudenziale, e dall'altro ci svela come, per quanto egli finga di pensare 'da giurista', né voglia né sappia davvero farlo.

60. Seneca, in effetti, non intende disconoscere l'importanza del diritto in sé e il suo ruolo nella società reale, ma ne sottolinea la sua scarsa incisività nella formazione dell'uomo morale, compito esclusivo della filosofia – R. TORTORA, *L' "inferiorità" del diritto*, cit., p. 113. In vari contesti della sua opera stigmatizza le conseguenze aberranti che può raggiungere l'applicazione della norma giuridica, perché annulla il senso del rimorso (*de ben.* 3.14; *de clem.* 3.21), perché le norme giuridiche possono avere un contenuto profondamente ingiusto, di cui la condizione schiavile è aspetto esemplare (*ep.* 31, 44, 47, ma gli esempi sul tema potrebbero essere molti), perché le istituzioni giudiziarie possono degenerare provocando stragi di innocenti (*de ben.* 3.26). In conclusione, appare ai suoi occhi aberrante, e lo afferma ancora nel *de beneficiis*, che, nella società reale, ci si ritenga maggiormente garantiti dall'imposizione di formalità giuridiche che dalla coscienza degli individui (*de ben.* 3.15.1-3). Sulla contrapposizione del modello incarnato dal giurista al modello incarnato dal filosofo, per la repressione dei comportamenti scorretti, V. MAROTTA, *Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Istituzioni di Ulpiano*, in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia, 2007, p. 579 ss.

VOTARE A SEDICI ANNI? LE IMPLICAZIONI COSTITUZIONALI NEL CASO ITALIANO

GIOVANNI TARLI BARBIERI
Prof. ordinario Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Democrazia e minori: considerazioni introduttive – 2. Il problematico contesto istituzionale in cui la proposta si inserisce – 3. Voto e maggiore età nell'art. 48 cost.: il dibattito in Assemblea costituente – 4. L'interpretazione della locuzione "maggiore età" – 5. Un'alternativa discutibile: il voto in capo ai genitori – 6. La problematica dell'elettorato attivo nelle elezioni regionali: dall'art. 122, comma 1, cost. una possibile, diversa soluzione? – 7. Possibili spazi *de iure condito*: la valorizzazione degli strumenti di partecipazione politica – 8. *Segue*: in particolare, la partecipazione a livello locale.

1. Democrazia e minori: considerazioni introduttive.

Anche nell'attuale legislatura è riemerso il dibattito relativo all'estensione del diritto di voto ai sedicenni, come attestato da più proposte di legge costituzionale presentate nei due rami del Parlamento.

Anche se è ben difficile che esse possano essere anche solo discusse nell'ultima parte della XVII legislatura, è innegabile che il tema in questione appare interessante, nella misura in cui interseca, più o meno direttamente, alcune problematiche costituzionali assai rilevanti. Peraltro, esso, è quasi banale affermarlo, non esaurisce la problematica della partecipazione politica dei minori¹ o, come è stato affermato efficacemente, del rapporto tra democrazia e minori², anche se ne costituisce un aspetto essenziale.

In primo luogo, il problema del riconoscimento dei diritti fondamentali in capo ai minori assume oggi una rilevanza particolare, alla luce di alcuni importanti documenti internazionali e del processo di integrazione eurounitario, che sembra attento alle esigenze degli infradiciottenni.

Dell'esigenza di valorizzare l'apporto dei minori nella sfera della partecipazione anche politica si fanno carico anche alcuni fondamentali atti dell'Unione europea: si pensi, in particolare, all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui comma 1 afferma che i bambini «possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità»³. Anche in attuazione di tale disposizione il

1. Sul punto, per tutti, G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova, 2015, p. 397 ss.

2. J. LUTHER, *Democrazia e minori*, in P.P. PORTINARO (a cura di), *L'interesse di pochi, le ragioni dei molti. Le letture di biennale democrazia*, Torino, 2011, p. 106 ss.

3. Sull'art. 24, da ultimo, L. RATTI, *Art. 24*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO,

Consiglio ha adottato una risoluzione sul quadro di cooperazione europea in materia di gioventù (2010-2018), nella quale, per il periodo 2016-2018, è previsto, tra gli obiettivi, «maggiore partecipazione di tutti i giovani alla vita democratica e civile in Europa invitando a promuovere cittadinanza attiva e partecipazione dei giovani a società plurali e tolleranti». Nello stesso documento si afferma poi che «una maggiore partecipazione dei giovani può contribuire allo sviluppo sociale, politico, culturale ed economico e, se un maggior numero di persone e di idee sono rappresentate in ambito pubblico, le decisioni avranno basi più solide»⁴.

L'art. 24 della Carta UE, che si richiama, anche testualmente, all'art. 12 della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo (ratificata dall'Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176)⁵, appare indubbiamente rilevante quantomeno «nell'evoluzione culturale degli ordinamenti degli stati membri»⁶, nella misura in cui «non si considera soltanto l'infanzia come una condizione temporanea in cui versa un individuo e che richiede particolare protezione, ma si riconosce anche che il bambino è un individuo che ha specifici diritti e che richiede particolare tutela in una fase determinante della sua vita»⁷, nella prospettiva, come si legge nel preambolo della Convenzione Onu, di dover «preparare pienamente il fanciullo ad avere una sua vita individuale nella Società, ed educarlo nello spirito degli ideali proclamati nella Carta delle Nazioni Unite, in particolare in uno spirito di pace, di dignità, di tolleranza, di libertà, di uguaglianza, e di solidarietà».

Ed è da notare che per bambino si deve intendere, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di New York, «ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile».

È poi da osservare che la tutela dei diritti dei minori figura tra gli obiettivi dell'Unione europea (art. 3, par. 3, Tratt. UE), anche se «tale proclamazione ricopre un valore solo simbolico e al più di ausilio interpretativo, non essendo rinforzata da altre più significative previsioni dei Trattati»⁸.

O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 475 ss.

4. Il testo è rinvenibile in www.europa.eu. Sul punto, cfr. già Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Programma UE per i diritti dei minori*, 15 febbraio 2011, nella quale si prefigurano specifiche iniziative di consultazione e ascolto dei minori, quali «punto di partenza verso una loro maggiore partecipazione allo sviluppo e alla realizzazione pratica delle azioni e delle politiche che li riguardano, ad esempio in materia di istruzione, salute e ambiente» (nello stesso senso, cfr. anche Commissione europea, *I diritti dei minori visti dai minori*, ivi, 2011).

5. La disposizione in questione prevede, al par. 1, che «gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità».

6. P.F. LOTTITO, *Art. 24*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 185.

7. P.F. LOTTITO, cit. p. 186.

8. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, p. 112.

Certamente, né l'art. 24 della Carta UE né l'art. 12 della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo impongono agli stati membri l'estensione del diritto di voto, né, a stretto rigore, la presuppongono; tuttavia, entrambe si muovono nell'ottica del riconoscimento ai minori della libertà di manifestazione del pensiero (anche politica) e nell'ottica di valorizzare procedure finalizzate, per gli organi competenti, a prendere in considerazione l'opinione di questi ultimi nelle questioni che li riguardano. Non è una forzatura ritenere che entrambe le disposizioni in oggetto assecondino una logica partecipativa, variamente configurabile.

2. Il problematico contesto istituzionale in cui la proposta si inserisce.

La logica sottesa ai documenti ora riportati riporta alla tematica più generale del riconoscimento in capo ai minori della titolarità dei diritti fondamentali; tematica sulla quale appaiono ancora attuali le parole di Paolo Barile, secondo cui «nella materia delle libertà costituzionali, peraltro, si ritiene che di esse, in linea di massima, possano godere anche i minorenni e – in varia misura – anche i minorati», aggiungendo però che «il diritto di voto esige la maggiore età, e talvolta un'età superiore», concludendo che «le libertà dei minorenni sono condizionate dalla presenza della potestà genitoriale o tutelare, e legittimati a farle valere e rispettare sono i loro rappresentanti legali (si pensi alle libertà “negative” e a quelle “economiche”). In particolare, si ritiene pacifica la titolarità anche minorile della libertà di manifestazione del pensiero e dell'iscrizione ai partiti politici. Analogamente si ragiona in termini di doveri costituzionali»⁹.

Più in generale, appare condivisibile il rilievo secondo il quale, ai fini dell'esercizio dei diritti dei minori, «occorre bilanciare gradualmente fra le esigenze di cura e di protezione, da un lato, e quelle di autodeterminazione, dall'altro; sicché, se nella prima infanzia è pacifico si debbano assecondare le istanze di protezione, mano a mano che il minore cresce e sviluppa le proprie competenze sociali, oltre che le capacità sul piano cognitivo e emotivo, occorre venire incontro alle sue pretese di autodeterminazione»¹⁰.

Quanto ai diritti fondamentali dei minori, si sono distinti quelli che si risolvono nel compimento di meri comportamenti materiali (si pensi al parlare, al riunirsi) da quelli che invece presuppongono il compimento di atti giuridicamente rilevanti: per i primi, in quanto personalissimi, non si pone un problema di titolarità prima della possibilità del loro concreto esercizio, essendo quindi rilevante il possesso della capacità naturale, intesa come concreta capacità di autodeterminarsi in relazione ad una data attività materiale, anche alla luce della problematica nozione giurisprudenziale di capacità di discernimento del minore riferita anche alla capacità di intraprendere indirizzi diversi da quelli indicati o

9. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 29.

10. G. MATUCCI, cit. p. 22; sul punto, cfr. anche, per tutti, D. DURISOTTO, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Napoli, 1986, p. 50 ss.

proposti dai genitori¹¹; viceversa, per i secondi, consistendo essi nel compimento di atti giuridici, il problema della capacità si pone in termini più complessi, essendo ben possibile che il legislatore (o addirittura la Costituzione, nel caso del diritto di voto) ponga requisiti specifici di capacità, dato che, come è stato giustamente affermato, in linea con l'insegnamento di Jellinek, «solo l'ordinamento giuridico [...] può concedere all'individuo «la facoltà di pretendere che alcune delle di lui azioni siano riconosciute come fatti giuridici e che, come tali, siano suscettibili della tutela dello Stato»¹².

In questo senso, l'età minima ai fini dell'elettorato attivo è correlata al raggiungimento presuntivo di un certo grado di maturità e di consapevolezza, tenendo conto dell'evoluzione della società, dei costumi ma anche della necessità di renderla funzionale «alle elezioni a cui il corpo elettorale e i candidati sono chiamati a partecipare»¹³.

Prima di affrontare le problematiche costituzionali connesse a questa eventuale riforma, occorre preliminarmente osservare che il possibile abbassamento dell'età minima ai fini dell'elettorato attivo si inserirebbe in un contesto nel quale, a fronte della crescente sensibilità ai diritti dei minori, vi è una parallela, e non sempre coincidente tendenza alla loro responsabilizzazione, non solo per così dire, in una logica di promozione ma anche sanzionatoria (si pensi alle ricorrenti proposte di abbassare l'età dell'imputabilità penale, di cui agli artt. 97 e 98 c.p.); e tutto ciò in un contesto, come quello italiano, nel quale la sociologia discute in termini giustamente critici e preoccupati di «giovani per forza»¹⁴ e nella percezione comune si è considerati giovani fino a trent'anni, mentre gli enti anche istituzionali di ricerca e statistica considerano come «giovani» generalmente la fascia che arriva ai trentacinque anni.

3. Voto e maggiore età nell'art. 48 cost.: il dibattito in Assemblea costituente.

Dal punto di vista costituzionale, il problema di fondo con il quale è necessario confrontarsi è il collegamento diretto che l'art. 48, comma 1, cost. sembra istituire tra titolarità del diritto di voto e maggiore età, con la rilevante eccezione dell'art. 58, comma 1, cost., riguardo all'elettorato attivo per l'elezione del Senato.

Il punto di partenza non può che essere costituito dall'art. 48 cost., il primo comma del quale, come è noto, afferma: «Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età».

Per comprendere le problematiche di fondo di tale disposizione, è di particolare utilità ripercorrere, in estrema sintesi, il dibattito in Assemblea costituente, nella quale si confrontaro-

11. E per inciso, su questo punto anche la riforma del diritto di famiglia del 1975 è apparsa carente laddove presuppone contrasti tra genitori e figli solo per quanto riguarda i diritti a contenuto patrimoniale o come occasione di conflitto tra i genitori in tema di esercizio della potestà educativa.

12. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 314.

13. F. BAIO, *Capacità elettorale e Costituzione*, Napoli, 2015, p. 55.

14. A. ROSINA, *Giovani per forza*, in *Italianieuropei*, 2011, n. 8.

no due tesi: da un lato il relatore Merlin propose il testo dell'art. 45 del progetto, poi divenuto l'art. 48¹⁵, dall'altra una proposta emendativa, presentata dall'on. Giolitti ma autorevolmente condivisa da deputati di varia provenienza politica (Cevolotto, Tupini, Basso, Giolitti, Togliatti, Iotti) che proponeva di demandare l'individuazione dell'età minima per votare alla legge elettorale, allo scopo di consentire l'estensione già allora dell'elettorato attivo ai diciottenni¹⁶.

Il risultato finale, contenuto nell'art. 48, comma 1, costituisce un compromesso, attraverso la costituzionalizzazione del requisito della maggiore età, con l'implicito ma chiaro affidamento al legislatore ordinario della sua specificazione¹⁷. E su tale compromesso già parte della dottrina più risalente aveva espresso dubbi, ritenendo preferibile separare la maggiore età a fini elettorali dalla capacità di agire in ambito civilistico, magari in favore di un collegamento tra la prima e la capacità lavorativa¹⁸.

Dal dibattito costituente emergono alcuni punti fermi che scaturiscono dalla lettura dell'art. 48, comma 1, cost., e che, nella logica del presente lavoro, possono essere sintetizzati come segue: *a)* la disciplina dell'elettorato attivo è materia intrinsecamente costituzionale; *b)* la disposizione fissa un collegamento tra età minima per votare e maggiore età civilistica; *c)* tale collegamento si giustifica proprio alla luce della particolare rilevanza della funzione esercitata attraverso il voto.

4. L'interpretazione della locuzione “maggiore età”.

Proprio alla luce del dibattito in Assemblea costituente è ora possibile affrontare in sintesi l'interpretazione dell'art. 48, comma 1, cost.

Non occorre in questa sede indagare la problematica, pure in qualche misura connessa con la determinazione dei requisiti positivi e negativi del diritto di voto, tra la qualificazione del voto come diritto soggettivo pubblico fondato direttamente sull'art. 48 cost. ovvero come “funzione”, come capacità speciale di diritto pubblico, mentre l'elettorato attivo sarebbe connesso con l'iscrizione nelle liste elettorali con valore costitutivo¹⁹.

In linea teorica, così come per gli stranieri extracomunitari, astrattamente si potrebbe dubitare che tale disposizione si atteggi come un limite invalicabile per il legislatore ordinario ovvero come una disposizione di garanzia che, come tale, non escluderebbe la possibilità per il legislatore ordinario di ampliare la platea degli elettori.

15. Sul dibattito in Assemblea costituente cfr., in particolare, E. BETTINELLI, *All'origine della democrazia dei partiti*, Milano, 1982; E. GROSSO, *Art. 48*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 963 ss.

16. Il testo dell'emendamento era infatti il seguente: «Sono elettori tutti i cittadini di ambo i sessi che hanno raggiunto l'età stabilita dalla legge»: Ass. Cost., 20 maggio 1947, res. sten., p. 4099.

17. Sul punto, per tutti, E. GROSSO, cit. p. 963.

18. L. MAJORANO, *In tema di elettorato attivo e di capacità giuridica*, in *Foro it.*, 1954, IV, c. 214 ss.

19. Per tutti, F. LANCHESTER, *Voto: diritto di (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1116 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

All'accoglimento della seconda ipotesi, che, come è noto, non ha trovato accoglimento nella giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato, con riferimento agli extracomunitari sia per le elezioni comunali che per quelle circoscrizionali²⁰, osta però, con specifico riferimento all'età minima per l'esercizio dell'elettorato attivo, il combinato disposto del primo e ultimo comma dell'art. 48: in concreto, come è stato persuasivamente affermato, la previsione della maggiore età nel primo comma, unita alla possibilità per il legislatore di introdurre limitazioni al diritto di voto per motivi di incapacità civile (forse, non per caso, la prima tra le cause di limitazione di cui al comma 3) lascia emergere un collegamento tra acquisto della capacità giuridica e della capacità di agire in materia elettorale²¹, dato che il diritto di voto è per sua natura diritto personalissimo e quindi non oggetto di delega (l'art. 48, comma 2, stabilisce che il voto è innanzitutto personale, e quindi non delegabile²²); pertanto, chi non ha la maggiore età «non solo non può esercitare i diritti che derivano dalla qualità di elettore, ma non può essere ammesso a godere, per nessun effetto, di tale qualità». In altre parole, il requisito della maggiore età «assume il significato di porre l'esercizio del diritto di voto in stretta connessione con la capacità di agire», con la sola eccezione, non a caso anch'essa costituzionalmente fondata, del Senato (art. 58, comma 1, cost., già ricordato)²³.

È quindi sostenibile che l'art. 48, comma 1, cost. abbia implicitamente, ma chiaramente, rinviato alla legislazione ordinaria l'individuazione della maggiore età, attualmente stabilita dall'art. 2 c.c., nel testo risultante dalla l. 8 marzo 1975, n. 39²⁴; la previsione di un'età minima diversa, in questo ambito, non potrebbe che passare da una legge costituzionale²⁵.

Pertanto, *de iure condito*, l'introduzione del voto ai sedicenni potrebbe essere raggiunta o attraverso una modifica dell'art. 2 c.c., ovvero con una revisione dell'art. 48, comma 1, cost. che introduca, anche per singoli casi, una deroga al compimento della maggiore età.

È evidente la diversità delle due vie, e non solo per i diversi strumenti che richiederebbero (una legge ordinaria nel primo caso; una legge costituzionale nell'altro).

In effetti, nel primo caso l'abbassamento della maggiore età comporterebbe, almeno in linea di principio, un abbassamento dell'elettorato attivo con riferimento a tutte le elezioni; tuttavia, l'abbassamento della maggiore età elettorale sarebbe conseguenza dell'abbassamento dell'età minima per il conseguimento della capacità di agire civilistica (i sedicenni diventerebbero maggiorenni “a tutto tondo”), con tutte le conseguenze del caso²⁶.

20. Sul punto, per tutti, F. BAILO, cit. p. 27 ss. ed i riferimenti bibliografici ivi individuati.

21. U. PROSPERETTI, *L'elettorato politico attivo*, Milano, 1954, pp. 99-100.

22. Per tutti, C. PEPE, *I limiti all'elettorato attivo*, Padova, 1997, p. 64 ss.

23. F. LANCHESTER, cit. p. 1125; S.P. PANUNZIO, *Capacità. II) Diritto pubblico*, Roma, Treccani, 1988, p. 7.

24. Tale legge (art. 14) ha modificato l'art. 1 del d.P.R. 20 marzo 1967, n. 223 («Approvazione del testo unico delle leggi per la disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali»).

25. Così, in particolare, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, p. 431.

26. Si veda, in questa legislatura, la proposta di legge A.S. n. 2264 (Gualdani e altri).

La strada della legge costituzionale appare ovviamente più lunga e complessa (dal punto di vista istituzionale e politico), anche se essa risulterebbe più flessibile nei suoi contenuti.

Come si evince dalle numerose proposte di legge costituzionale presentate nell'attuale legislatura, l'eventuale estensione del diritto di voto ai sedicenni potrebbe essere configurata:

- a) in generale, e quindi con riferimento a tutte le elezioni²⁷;
- b) solo per le elezioni comunali e circoscrizionali ovvero anche per quelle regionali²⁸.

Peraltro astrattamente l'estensione potrebbe essere configurata anche come una facoltà rimessa al legislatore ordinario, magari subordinata alla richiesta di iscrizione nelle liste elettorali di coloro che abbiano compiuto i sedici anni di età.

Come si è visto, si tratta di linee di una possibile riforma che nell'attuale legislatura appaiono desumibili da proposte di legge costituzionale presentate da parlamentari di diversi gruppi parlamentari, talvolta in connessione con l'estensione del diritto di voto anche agli stranieri regolarmente residenti da un determinato periodo in Italia²⁹.

Diverse sono poi le motivazioni addotte per una siffatta estensione: le relazioni alle proposte di legge alludono, in alcuni casi alla necessità di accrescere la partecipazione dei più giovani alla vita democratica, in altri alla maggiore maturità dimostrata dalle giovani generazioni anche per la loro naturale propensione all'acquisizione di informazioni e dati dai nuovi *media*, in altri casi ancora all'esigenza di rafforzamento delle istituzioni democratiche causato dal crescente astensionismo elettorale³⁰.

Alcune proposte alludono poi ad altri Paesi anche europei che hanno già introdotto, con modalità diverse, una tale innovazione, nonché a documenti dell'Unione europea che auspicano l'abbassamento dell'elettorato attivo anche con riferimento alle elezioni europee³¹. Così, in particolare, nel novembre del 2015 il Parlamento europeo, con riferimento alle elezioni europee, ha approvato una risoluzione recante una raccomandazione tesa a chiedere agli Stati membri di «esaminare modalità per armonizzare a 16 anni l'età minima degli elettori, al fine di favorire ulteriormente l'uguaglianza elettorale fra i cittadini dell'Unione»³².

27. Così, le proposte di legge costituzionale A.C. n. 3417 (Fedriga e altri); A.C. n. 4294 (Toninelli).

28. Nel primo senso, la proposta di legge costituzionale A.C. n. 247 (Scotto); nel secondo senso, le proposte di legge costituzionale A.C. n. 2441 e A.S. n. 1516 (Consiglio regionale dell'Emilia Romagna); A.S. n. 1277 (Nencini e altri); A.C. n. 78 (Plangger e altri); in questo caso si tratta di una proposta di legge ordinaria.

29. Così, ad esempio, A.C. n. 899 (Decaro e altri).

30. Nel primo senso, A.S. n. 1277 (Nencini e altri); A.C. n. 78 (Plangger e altri); nel secondo senso, A.C. n. 247 (Scotto); nell'ultimo senso A.C. n. 3417 (Fedriga e altri); A.C. n. 4294 (Toninelli). Tutte le motivazioni riportate nel testo sono rinvenibili in A.C. n. 2441 e A.S. n. 1516 (Consiglio regionale dell'Emilia Romagna).

31. In Europa, in Austria il voto ai sedicenni è stato deciso con una revisione costituzionale del 2007. In Germania e in Svizzera, ad esempio, coloro che hanno compiuto sedici anni possono votare ma solo, rispettivamente, in alcuni *Länder* e nel Cantone di Glarona. I sedicenni hanno poi votato nel referendum sull'indipendenza scozzese del 2013.

32. Il testo della risoluzione (2015/2035(INL)) è rinvenibile in www.europarl.europa.eu. Cfr., in precedenza, gli

In relazione alle proposte che propongono l'estensione dell'elettorato attivo con esclusivo riferimento alle elezioni locali, non sarebbero da sottovalutare i problemi sistemici derivanti dalla diversità dei corpi elettorali nelle diverse competizioni elettorali (con il possibile paradosso di una più forte legittimazione democratica degli enti con il corpo elettorale più numeroso).

Come accennato, le proposte in questione non sembrano avere molte possibilità di successo almeno nel breve periodo. Eppure esse sembrano inserirsi in un *trend* di "ringiovanimento continuo" dell'età minima per accedere all'elettorato attivo che sembra connotare la normativa di diversi ordinamenti contemporanei³³.

Nello stesso senso, anche nel nostro Paese è già chiaramente riscontrabile una tendenza legislativa all'estensione dell'elettorato attivo, ovvero della possibilità concreta del suoi esercizio, in plurime direzioni, talvolta anche discutibili.

Sul primo punto (estensione dell'elettorato attivo), si deve ricordare:

a) il riconoscimento del diritto di voto nelle elezioni europee e nelle elezioni comunali e provinciali ai cittadini comunitari, in forza del trattato di Maastricht (art. 39 e 40 Carta UE; art. 20, par. 2, lett. *b*, Tratt. funz. UE; art. 3, l. 24 gennaio 1979, n. 18; d.lg. 12 aprile 1996, n. 197);

b) la rimozione di limitazioni, temporanee o indeterminate, all'elettorato attivo consentiti dall'art. 48 cost. e imposti in precedenza (interdetti: art. 11, l. 13 maggio 1978, n. 180; falliti: art. 152, comma 1, lett. *a*, d.lg. 9 gennaio 2006, n. 5; soggetti a misure di prevenzione con provvedimenti non definitivi: art. 12, comma 1, l. 3 agosto 1988, n. 327; condannati per reati non comportanti l'interdizione dai pubblici uffici: art. 1, comma 1, l. 22 maggio 1980, n. 193).

Sul secondo punto (estensione della possibilità concreta dell'esercizio del diritto di voto) si deve ricordare:

a) la discutibile normativa relativa al voto degli italiani all'estero (ll. cost. 17 gennaio 2000, n. 1; 23 gennaio 2001, n. 1; l. 27 dicembre 2001, n. 459) ed anche del voto dei cittadini temporaneamente residenti all'estero (da ultimo, art. 2, commi 37 e 38, l. 6 maggio 2015, n. 52);

b) la disciplina del c.d. "voto domiciliare" (art. 1, d.l. 3 gennaio 2006, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 27 gennaio 2006, n. 22, modificato dall'art. 1, l. 7 maggio 2009, n. 46).

Ciò detto, tra le revisioni costituzionali possibili nell'ottica dell'estensione dell'elettorato attivo, a prescindere dal riconoscimento del voto ai sedicenni, una sicuramente auspicabile attiene all'art. 58, comma 1, cost., con riferimento alla parificazione dell'elettorato attivo con riferimento al Senato. Tale disposizione, scritta sul

atti riportati da F. BAILO, op. ult. cit., p. 61, nt. 97.

33. F. BAILO, op. ult. cit., p. 55 ss.

presupposto di un tentativo di differenziazione tra le due Camere³⁴, appare oggi insostenibile alla luce del nostro bicameralismo perfetto e paritario, che rende francamente poco ragionevole la differenziazione dei corpi elettorali per i due rami del Parlamento, con il risultato di rendere il peso elettorale degli elettori più giovani “dimezzato” rispetto a quello dei più adulti³⁵.

Peraltro, nell’attuale legislatura la questione della revisione dell’art. 58, comma 1, cost. è rimasta in gran parte sottotraccia, inevitabilmente “assorbita” dal dibattito sulla trasformazione della seconda Camera prevista dal testo di legge costituzionale “Renzi-Boschi”³⁶.

Collegata a questa possibile riforma, potrebbe essere esplorata la revisione delle disposizioni costituzionali (art. 56, comma 3; 58, comma 2) che fissano l’età minima per l’elettorato passivo per i due rami del Parlamento³⁷.

5. Un’alternativa discutibile: il voto in capo ai genitori.

Una ulteriore modalità di valorizzazione del “peso” dei minori nelle competizioni elettorali è quella consistente nel riconoscere ai minori una sorta di capacità giuridica in materia elettorale, da esercitarsi però attraverso i loro legali rappresentanti, ovvero i genitori³⁸. Essa ha trovato fautori anche in Italia sia in dottrina³⁹, sia in alcune espressioni della società civile⁴⁰.

Una tale tesi è radicalmente distante da quelle già richiamate nella misura in cui presuppone il riconoscimento di una astratta titolarità del diritto di voto fin dalla nascita in capo a ogni cittadino.

34. Essa infatti presuppone una sorta di deroga, peraltro costituzionalmente fondata, al principio che collega voto e capacità di agire: U. PROSPERETTI, cit. p. 103 ss.

35. Del resto già la dottrina più risalente aveva definito l’art. 58 cost. insieme «aberrante» e «deplorabile norma discriminatrice»: L. PRETI, *Diritto elettorale politico*, Milano, 1957, p. 17.

36. Dopo l’esito negativo del referendum costituzionale del 2016, cfr. le proposte di legge costituzionale A.C. n. 4176 (Pierdomenico Martino), A.C. n. 4197 (Pisicchio), A.C. n. 4292 (Civati e altri), A.C. n. 4317 (D’Attorre, Scotto), A.C. n. 4356 (Parisi e altri), A.C. n. 4396 (Bruno Bossio), A.C. n. 4498 (Francesco Sanna), A.S. n. 2638 (Borioli e altri), A.S. n. 2706 (Casson e Mineo).

37. Così la proposta A.S. n. 2706 (Casson e Mineo) propone la riduzione dell’elettorato passivo per la Camera a ventuno anni; A.C. n. 4176 (Pierdomenico Martino), A.C. n. 4197 (Pisicchio), A.C. n. 4396 (Bruno Bossio), A.C. n. 4498 (Francesco Sanna) propongono l’equiparazione dell’elettorato passivo per il Senato a quello attualmente previsto della Camera; A.C. n. 355 (Lenzi), A.C. n. 1319 (Giorgia Meloni e altri) propongono l’equiparazione dell’elettorato passivo per i due rami del Parlamento alla maggiore età; A.C. n. 466 (Vaccaro) propone l’abbassamento dell’elettorato passivo per la Camera a venti anni e per il Senato a trenta; A.C. n. 247 (Scotto) propone l’abbassamento a diciotto anni per la Camera e a venticinque per il Senato.

38. K. HINRICH, *Voto ai minori e parità intergenerazionale*, in *Biblioteca della libertà*, 2002, p. 57 ss.; P. KIRCHHOF, *Deutschland im Schuldensog. Der Weg vom Bürger zurück zum Bürger*, München, 2012. Nell’attuale legislatura, cfr. il disegno di legge costituzionale A.S. n. 1675 (Sacconi).

39. L. CAMPIGLIO, *Prima le donne e i bambini. Chi rappresenta i minorenni*, Bologna, 2005. Cfr. peraltro già S. BORGHESE, *Elettorato attivo e capacità giuridica*, in *Foro it.*, 1952, IV, c. 65 ss.

40. Sul tema le Acli hanno organizzato due convegni, a Firenze nel 2006 e a Roma nel 2008.

È noto che essa ha trovato una qualche eco anche nella fase di redazione della nuova Costituzione ungherese, il cui primo progetto, successivamente accantonato in questa parte, prevedeva per l'appunto che una successiva legge organica avrebbe potuto estendere il diritto di voto ai minori attraverso l'esercizio in concreto da parte delle loro madri⁴¹.

In questa sede non è possibile affrontare le complesse problematiche sottese a questa tesi, che peraltro tocca un nervo scoperto della teoria democratica, come testimoniato, tra gli altri, da Dahl che si è interrogato sui criteri di individuazione nel *demos* e, in particolare, sul fondamento dell'esclusione dei minori dal diritto di voto⁴².

Nonostante che il "voto familiare" si proponga di "rafforzare" la democrazia allargando il suffragio, in un contesto di declino demografico e di aumento della popolazione anziana, esso, vigente l'art. 48 cost., non potrebbe essere introdotto nel nostro Paese, come del resto riconosciuto da alcuni dei suoi fautori⁴³.

In effetti, i requisiti positivi di personalità e di eguaglianza del voto appaiono un ostacolo insormontabile all'accoglimento di tale soluzione, in uno, come si è detto, con la ricostruzione del rapporto tra capacità e maggiore età di cui si è discusso nei paragrafi precedenti.

In effetti, il diritto di voto, fondamentale e quindi personalissimo, non può essere oggetto di delega ad un altro soggetto (da qui il divieto di ogni manifestazione di voto per procura) e d'altra parte il voto plurimo, che in tal modo finirebbe di fatto per affermarsi in capo ai genitori, violerebbe il principio di eguaglianza del voto. È appena il caso di ricordare che la giurisprudenza costituzionale è da sempre ferma nel ritenere che ciascun voto «nella competizione elettorale, contribuisce potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi» (Corte cost., 11 luglio 1961, n. 43), in quanto il principio di eguaglianza del voto ai sensi dell'art. 48 cost. è innanzitutto declinato "in entrata", per cui la Corte ha censurato ogni forma di voto "diseguale", sia nella variante del riconoscimento della possibilità per taluni elettori di votare in più di un collegio, sia nella variante del diritto per alcuni di disporre di un numero di voti diverso in ragione della loro condizione sociale⁴⁴.

41. La previsione in questione è stata accantonata e quindi non risulta nel testo finale, soprattutto per motivi politici, ovvero per il rischio di massimizzare il peso delle minoranze Rom e Sinti, assai poco gradite, come è noto, alla maggioranza parlamentare che, come è noto, ha praticamente "scritto" da sola il testo della nuova Carta fondamentale: per tutti, K. KELEMEN, *Ungheria: primi appunti sull'adozione della nuova Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it, 6 maggio 2011.

42. R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Torino, 1997, pp. 191-192. È in questo stesso senso che il *Green Paper* sul futuro della democrazia, elaborato nell'ambito dell'I.U.E. di Fiesole, da un gruppo di studio coordinato dal prof. Schmitter auspica il radicarsi di una "cittadinanza universale" nella quale «conferire pieni diritti di partecipazione alla comunità politica sin dalla nascita alle persone nate sul suo territorio e a tutti i cittadini che vivono altrove, nonché ai minori naturalizzati»: il testo è riportato in J. LUTHER, cit. p. 108.

43. L. CAMPIGLIO, cit. p. 119 ss.

44. L. TRUCCO, *Contributo allo studio del diritto elettorale. I. Fondamenti teorici e profili normativi*, Torino, 2013, pp.

D'altra parte, come giustamente è stato affermato⁴⁵, nemmeno con una modifica dell'art. 48 cost., tale proposta potrebbe essere legittimamente introdotta, dal momento che proprio i principi di personalità ed eguaglianza del voto appaiono espressivi di principi supremi dell'ordinamento costituzionale, in quanto corollari dello stesso principio democratico (art. 1 cost.)⁴⁶ e quindi sottratti anche alla procedura di revisione costituzionale (corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146).

6. La problematica dell'elettorato attivo nelle elezioni regionali: dall'art. 122, comma 1, cost. una possibile, diversa soluzione?

Sul versante della disciplina dell'elettorato attivo, non pare possibile un intervento del legislatore regionale atto ad estendere il diritto di voto nelle elezioni regionali anche prima del compimento della maggiore età, perché l'individuazione del corpo elettorale non è riconducibile alla materia «sistema di elezione» e «casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali», oggetto di potestà concorrente ai sensi dell'art. 122, comma 1, cost.⁴⁷.

Infatti, il problema dell'estensione del diritto di elettorato attivo e passivo non è attinente alla materia elettorale in senso stretto, dato che attraverso essa non si disciplina l'attribuzione di tale diritto ma solo il suo concreto esercizio⁴⁸.

È infatti da sottolineare come l'attuazione dell'art. 48 cost. (si pensi alla definizione della maggiore età, ma anche delle limitazioni di cui al comma 3) passi attraverso leggi statali, attenendo alla definizione del «corpo elettorale», ovvero del complesso dei cittadini che, in quanto titolari del diritto di voto, esercitano in concreto la sovranità popolare⁴⁹.

Peraltro, la stessa giurisprudenza costituzionale nega decisamente l'esistenza di un «popolo regionale», espressione che può essere utilizzata solo in senso descrittivo, cosicché il «corpo elettorale regionale» non sembrerebbe altro che la somma dei cittadini residenti nei Comuni della Regione⁵⁰.

159-160.

45. M. OLIVETTI, *Voto dalla nascita*, in Aa.Vv., *Democrazia nel Postglobal. Religioni, generi e generazioni*, Bologna, 2005, p. 103 ss.

46. Spunti in questo senso nelle note pronunce della Corte costituzionale sulle leggi elettorali c.d. *porcellum* e *italicum* (Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1 e 9 febbraio 2017, n. 35).

47. A. STERPA, *Il diritto di voto per le elezioni regionali*, in B. CARAVITA (a cura di), *La legge quadro n. 165 del 2004 sulle elezioni regionali*, Milano, 2004, p. 26 ss.

48. M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni: verso le Costituzioni regionali?*, Bologna, 2002, pp. 474-475.

49. Cfr., in particolare, M. COSULICH, *Il sistema elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, Padova, 2008, p. 22 ss., in particolare p. 32 ss. Tale autore ricorda una pronuncia del giudice delle leggi nella quale si afferma che anche le assemblee elettive regionali, al pari di quelle statali, sono «espressione entrambe della sovranità popolare» (Corte cost., 4 febbraio 2003, n. 29).

50. Si deve ricordare, in questo senso, Corte cost., 14 novembre 2000, n. 496 (resa dopo l'entrata in vigore della l. cost. 22 novembre 1999, n. 1, sebbene precedente all'entrata in vigore della l. cost. 18 ottobre 2001, n.

Ancora più chiaramente, anche a prescindere dal dibattito circa la revisione dell'art. 48 cost., il giudice delle leggi ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, dello statuto emiliano (l. reg. 31 marzo 2005, n. 13), che riconosce anche in capo agli immigrati residenti alcuni diritti di partecipazione «nell'ambito delle facoltà [...] costituzionalmente riconosciute» alla Regione. In tale sentenza, la Corte specifica, non a caso, che «quest'ultima espressione della disposizione impugnata manifesta con chiarezza l'insussistenza di una attuale pretesa della Regione di intervenire nella materia delle elezioni statali, regionali e locali, riconoscendo il diritto di voto a soggetti estranei a quelli definiti dalla legislazione statale, od inserendo soggetti di questo tipo in procedure che incidono sulla composizione delle assemblee rappresentative o sui loro atti»⁵¹.

In definitiva, è condivisibile il rilievo secondo il quale la legge statale, definendo la titolarità dei diritti politici, riempie di contenuto lo stesso concetto di cittadinanza, inteso quale «condizione giuridica di un gruppo delle persone appartenenti allo Stato, e precisamente di quelle che in esso sono titolari di particolari diritti e obblighi fra i quali primeggiano i cosiddetti diritti politici»⁵².

Non pare quindi un argomento decisivo l'assenza di un titolo competenziale espressamente attribuito allo Stato, perché, da un lato, la definizione dell'elettorato attivo attinge alla forma di Stato, come si evince dall'art. 48 cost. e, dall'altro, la giurisprudenza costituzionale ormai consolidata tende a radicare titoli di competenza statale anche nella prima parte della Costituzione, negando, inoltre, che l'assenza di una competenza statale espressamente individuata significhi, “in automatico”, l'affermazione di una competenza regionale piena. E del resto la stessa potestà legislativa regionale in materia di sistema di elezione del Presidente e dei Consiglieri regionali è stata interpretata in senso restrittivo nella giurisprudenza costituzionale⁵³.

7. Possibili spazi *de iure condito*: la valorizzazione degli strumenti di partecipazione politica.

De iure condito, le istanze di valorizzazione dei diritti politici dei minori possono essere perseguite valorizzando gli strumenti di partecipazione politica diversi dal diritto di voto ma, per così dire, prodromici rispetto ad esso.

3, ma espressamente richiamata in Corte cost., 7 novembre 2007, n. 365); sul punto, M. OLIVETTI, *Nuovi statuti*, cit., pp. 474-475.

51. Corte cost., 6 dicembre 2004, n. 379, sulla quale, da ultimo, F. BAIOLO, op. ult. cit., p. 27 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

52. G. BISCOTTINI, *Cittadinanza, diritto vigente*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 140, richiamato da A. STERPA, cit. p. 27.

53. Corte cost., 14 giugno 2012, n. 151, sulla quale, per tutti, D. GIROTTO, *Il rimborso delle spese elettorali: la riserva di competenza statale come «livello essenziale dei diritti politici»?*, in *Le Regioni*, 2012, p. 1167 ss.; L. TRUCCO, *Materia elettorale e forma di governo regionale tra principi costituzionali e politiche di contenimento della spesa nelle decisioni n. 151 e n. 198 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1276 ss.

Una traccia di questa possibilità è riscontrabile già nella Costituzione repubblicana, laddove disciplina il diritto di petizione (art. 50), la cui titolarità anche in capo ai minori è affermata, oltre che da una parte della dottrina, implicitamente anche dal regolamento del Senato⁵⁴.

È sotto gli occhi di tutti la scarsa fortuna di questo istituto, non a caso non riprodotto in alcuni dei nuovi statuti regionali (tra cui quello toscano): ma la sua carica partecipativa, da un lato, nonché gli sviluppi delle moderne tecnologie e l'auspicio di una maggiore apertura delle assemblee elettive rispetto agli apporti partecipativi, dall'altro, potrebbero rivitalizzarlo, come si può evincere dalla prassi relativa a questo istituto a livello dell'Unione europea⁵⁵.

Apporti partecipativi, valorizzati anche dai nuovi strumenti di comunicazione, potrebbero essere sperimentati anche nel procedimento legislativo, laddove si tratti di ambiti di interesse dei minori. È appena il caso di osservare che il nostro Paese è stato criticato a più riprese dal Gruppo di lavoro per il monitoraggio dell'attuazione della Convenzione dei diritti del fanciullo, in quanto «il diritto all'ascolto è troppo spesso inteso come riferito esclusivamente all'ambito giudiziario: esso, invero, rappresenta uno dei principali strumenti di affermazione della personalità del minore all'interno della comunità complessivamente considerata»⁵⁶.

Fra i diritti di partecipazione, importante è il diritto di adesione ad associazioni politiche e ai partiti.

Come è noto, manca ancora nel nostro Paese una legislazione attuativa dell'art. 49 cost., solo parzialmente "surrogata" dal d.l. 28 dicembre 2013, n. 149 (convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2014, n. 13) che, nell'ambito della riforma del sistema di contribuzioni pubbliche ai partiti, individua una serie di contenuti cui si debbono attenere gli statuti dei partiti politici; tuttavia, tra questi non ve n'è alcuno che riguardi la partecipazione dei più giovani.

Rimangono quindi ancora incertezze, tra le quali l'individuazione dell'età minima per l'iscrizione (generalmente fissata dagli statuti in sedici anni, salvo alcune eccezioni)⁵⁷, delle

54. P. GIOCOLI NACCI, *Il diritto di petizione negli ordinamenti dello Stato e delle Regioni*, Napoli, 1979, p. 68 ss.; P. STANCATI, *Petizione (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 606; A. COCCIA, *Art. 50*, in *Comm. cost.* Branca, Bologna-Roma, 1992, p. 49 ss. L'art. 140, comma 1, del regolamento del Senato prevede: «Pervenuta al Senato una petizione che richieda provvedimenti legislativi o esponga comuni necessità, il Presidente ha facoltà di disporre che venga accertata la sua autenticità e la qualità di cittadino del proponente, salvo che la petizione sia stata presentata di persona da un Senatore».

55. Da ultimo, cfr. lo studio del Parlamento europeo, *Discrimination(s) as emerging from petitions received*, aprile 2017, in www.europarl.europa.eu/supporting-analyses.

56. G. MATUCCI, op. ult. cit., p. 397.

57. G. MATUCCI, op. ult. cit., p. 398 ss. La stessa autrice osserva giustamente che non possa trovare applicazione in questo caso il limite dei dodici anni previsto dall'art. 315-bis cod. civ., in quanto ritenuto insufficiente laddove si deve «prendere parte a una struttura di tipo associativo i cui interessi e le cui finalità si proiettano ben al di fuori della sfera personale e familiare dell'individuo, interessando la comunità nel suo

prerogative degli associati minorenni (in alcuni casi, ad esempio, si prevede che i diritti elettorali siano limitati all'elezione delle cariche nei movimenti giovanili)⁵⁸, e ciò anche per il dubbio che il coinvolgimento in attività di partito possa «condizionare il libero sviluppo della personalità del singolo e, magari, metterlo in pericolo»⁵⁹.

La prassi in materia di statuti dei partiti conosce strumenti diversi di valorizzazione delle realtà giovanili⁶⁰. Interessante ma anche problematica è la previsione contenuta nell'art. 5 del «Regolamento quadro per la selezione delle candidature alle cariche istituzionali» del Partito democratico, che, anche in attuazione dell'art. 2, comma 8, dello statuto, ammette chi abbia compiuto i sedici anni alle consultazioni primarie per l'elezione dei Sindaci e dei Presidenti delle Regioni. Se infatti tale previsione attribuisce una rilevante prerogativa, rimane il fatto che l'individuazione di un corpo elettorale per le primarie distinto da quello delle successive elezioni (perché comprensivo di infradiciottenni e di cittadini extracomunitari in possesso di permesso di soggiorno) rischia di favorire, almeno potenzialmente, esiti «distorativi» delle primarie stesse (specie se il vincitore sia tale grazie ai suffragi di chi poi non può votare nelle successive elezioni).

È poi da ricordare che i sedicenni, in quanto possono essere iscritti al partito, concorrono all'elezione del Segretario nazionale e dei Segretari regionali (artt. 2 e 15, statuto).

8. Segue: in particolare, la partecipazione a livello locale.

Nuovi strumenti di partecipazione possono essere utilmente previsti a livello regionale e locale, e ciò anche in attuazione del già richiamato art. 24 della Carta UE, dal quale si possono trarre, come è stato giustamente sostenuto, livelli essenziali di partecipazione che lo Stato potrebbe fissare, anche in sede di destinazione del fondo nazionale per l'infanzia e l'adolescenza di cui alla l. 28 agosto 1997, n. 285⁶¹.

A livello regionale, è, in sintesi, assai rilevante la già richiamata sent. n. 379 del 2004 della Corte costituzionale che, con riferimento agli stranieri extracomunitari, ammette la legittimità del riconoscimento del diritto di elettorato attivo nei referendum consultivi, in quanto consultazioni prive di contenuto decisivo.

insieme, e toccando questioni (anche) di vasta complessità, di difficile percezione (non solo) per i più giovani» (p. 401).

58. Sul punto, è stato osservato che è senz'altro configurabile «l'esercizio da parte dei minorenni di un diritto d'associazione esercitato con esclusione di compiti e poteri che possano incidere su diritti di terzi o della collettività, oppure generare responsabilità indebite»: G. VECCHIO, *I partiti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2016, pp. 130-131.

59. G. MATUCCI, op. ult. cit., p. 402.

60. G. MATUCCI, op. ult. cit., p. 398 ss.

61. Infatti, tra i progetti finanziabili con il fondo nazionale per l'infanzia e l'adolescenza sono previsti quelli relativi a «misure volte a promuovere la partecipazione dei bambini e degli adolescenti alla vita della comunità locale, anche amministrativa» (art. 7, comma 1, lett. e).

È appena il caso di osservare che tale sentenza, basata sul riconoscimento di una base partecipativa alle consultazioni in esame, ben potrebbe favorire un'analoga estensione anche ai sedicenni; e non a caso, in una successiva e più recente pronuncia il giudice delle leggi ha ribadito che nell'esercizio della propria autonomia statutaria di cui all'art. 123 cost., ciascuna Regione «può stabilire forme, modi e criteri della partecipazione popolare ai processi di controllo democratico sui propri atti; può introdurre tipologie di referendum anche nuove rispetto a quelle previste nella Costituzione [...]; può pure coinvolgere in tali consultazioni i soggetti che prendano parte consapevolmente e stabilmente alla vita della comunità, ancorché non titolari del diritto di voto e della cittadinanza italiana»⁶².

Peraltro, tale prospettiva non è stata generalmente accolta dagli statuti o dalle leggi regionali.

Un'eccezione al riguardo è data dalla l. reg. Umbria 16 febbraio 2010, n. 14 che disciplina gli istituti di partecipazione alle funzioni delle istituzioni regionali: ebbene, a seguito delle modifiche operate dalla l. reg. 1 febbraio 2016, n. 1, la partecipazione è riconosciuta a coloro che hanno compiuto i sedici anni di età con riferimento al diritto di petizione, alle consultazioni ma anche ai *referendum* consultivi regionali. Peraltro, per queste finalità, ai sensi dell'art. 2, comma 1-ter, della l. reg. n. 14/2010, i Comuni istituiscono un apposito elenco ove sono iscritti i giovani che ne facciano richiesta.

Pur con queste limitazioni l'esperienza umbra appare la più avanzata in ordine alla partecipazione degli infradiciottenni. È poi da richiamare l'art. 86 dello statuto piemontese (l. reg. stat. 4 marzo 2005, n. 1) che ammette espressamente alle consultazioni relative alla formazione degli atti normativi anche gli ultrasedicenni.

Un altro terreno fecondo è quello degli strumenti di democrazia partecipativa che hanno trovato una disciplina articolata in Toscana in forza prima della l. reg. 27 dicembre 2007, n. 69 e, da ultimo, della l. reg. 2 agosto 2013, n. 46⁶³.

Sono interessanti alcuni spunti emergenti dalla legge del 2013: in primo luogo, tra gli obiettivi di essa figura, tra gli altri, quello di «favorire l'inclusione dei soggetti deboli e l'emersione di interessi diffusi o scarsamente rappresentati» (art. 1, comma 2, lett. g); in secondo luogo, tra i soggetti titolari del diritto di partecipazione sono incluse «le persone che lavorano, studiano o soggiornano nel territorio le quali hanno interesse al territorio stesso o all'oggetto del processo partecipativo e che il responsabile del dibattito di cui all'articolo 11, comma 1, lettera c), ritenga utile far intervenire nel processo partecipativo» (art. 2, comma 1, lett. b).

62. Corte cost., 25 giugno 2015, n. 118, sulla quale, in particolare, S. BARTOLE, *Pretese venete di secessione e storica questione catalana, convergenze e divergenze fra Corte costituzionale italiana e Tribunale costituzionale spagnolo, anche con ripensamenti della giurisprudenza della prima*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 939 ss.; D. TEGA, *Venezia non è Barcellona. Una via italiana per le rivendicazioni di autonomia?*, in *Le Regioni*, 2015, p. 1141 ss.

63. Per tutti, V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell'ordinamento delle Regioni*, Torino, 2013, p. 197 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

Soprattutto è da ricordare l'art. 19 della legge che consente agli istituti scolastici, singoli o associati, di richiedere all'Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione il sostegno a proprie proposte di processi partecipativi «in modo da creare e diffondere fra le giovani generazioni le pratiche della cittadinanza attiva e della partecipazione» (comma 1). A tali progetti, sulla base del numero e della qualità delle domande presentate, è riservata annualmente una quota delle risorse finanziarie disponibili (comma 3)⁶⁴.

Si tratta di una disposizione che ha conosciuto alcune interessanti applicazioni nella prassi⁶⁵ e che consente una virtuosa correlazione con i diritti di partecipazione previsti nella normativa scolastica.

Sono poi operanti in quasi tutte le Regioni organismi di partecipazione variamente denominati (“Consulte”, “Forum”, “Tavoli”, “Consigli” e “Rete dei Consigli”) con funzioni consultive e talvolta propositive in ordine alle politiche giovanili, anche se dei 18 attualmente previsti da leggi regionali solo 11 risultano effettivamente operanti, a ulteriore dimostrazione di come la stagione delle Consulte che ha fortemente caratterizzato la legislazione regionale degli anni settanta e ottanta sia ormai in crisi⁶⁶.

Viceversa, un'esperienza peculiare e interessante allo scopo di stimolare le pratiche della cittadinanza attiva e della partecipazione è costituita dal Parlamento regionale toscano degli studenti, già operante dal 2000 ma senza una precisa base legislativa prima dell'entrata in vigore della l. reg. Toscana 28 luglio 2011, n. 34. Il preambolo alla legge individua, tra i suoi obiettivi, «promuovere la partecipazione dei giovani all'attività istituzionale e amministrativa del Consiglio regionale della Toscana, come strumento di formazione alle regole del confronto democratico; promuovere ed elaborare progetti di cittadinanza attiva, da realizzare anche in collaborazione con analoghi organismi istituiti in altre realtà territoriali; promuovere rapporti di collaborazione con le istituzioni scolastiche del territorio e altri soggetti istituzionali al fine di valorizzare e sostenere politiche di sviluppo dei valori della cittadinanza attiva e il valore della rappresentanza giovanile e studentesca; diffondere la conoscenza dell'attività del Parlamento regionale degli studenti attraverso appositi canali di comunicazione e incontri periodici con gli istituti di istruzione secondaria superiore di provenienza».

Il Parlamento regionale degli studenti dura in carica due anni ed è composto da sessanta studenti, di cui cinquanta eletti in rappresentanza della popolazione studentesca degli ultimi tre anni del ciclo scolastico degli istituti secondari di secondo grado delle pro-

64. Ai sensi del comma 2, «gli istituti scolastici possono presentare una domanda di sostegno nel periodo 1° aprile – 31 maggio, con riferimento a processi partecipativi che abbiano inizio con il successivo anno scolastico e che, di norma, si svolgano lungo l'intero corso di tale anno scolastico».

65. I dati sono rinvenibili nel sito dell'Autorità (www.consiglio.regione.toscana.it/partecipazione).

66. G. CAMPAGNOLI, *Partecipazione giovanile: quali strumenti?*, in www.agenziaigiovani.it/news/23-approfondimenti/2085-partecipazione-giovanile-quali-strumenti, 26 settembre 2016.

vince della Toscana, e dieci nominati dalle consulte provinciali studentesche nel numero di un rappresentante per ogni consulta (art. 4, comma 1)⁶⁷.

Tale organo svolge le attività definite dal proprio programma di attività, approvato dall'Ufficio di presidenza del Consiglio regionale e può formulare proposte a tale organo e alla Giunta regionale in merito alle decisioni da esso approvate.

Il Parlamento regionale degli studenti può formulare osservazioni sugli atti all'esame del Consiglio regionale concernenti i giovani e il mondo della scuola e chiedere di essere ascoltato in merito dalle commissioni consiliari competenti. A tal fine, esso deve ricevere adeguata informazione sugli atti di interesse da parte del Consiglio (art. 3).

Analoga esperienza è operante anche in Puglia⁶⁸.

A livello locale spazi anche innovativi per la partecipazione sembrano possibili in forza dell'art. 8 del testo unico sugli enti locali (d.lg. 18 agosto 2000, n. 267) secondo il quale i Comuni promuovono: organismi di partecipazione popolare all'amministrazione locale, anche su base di quartiere o di frazione (comma 1); forme di consultazione della popolazione nonché procedure per l'ammissione di istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi devono essere, altresì, determinate le garanzie per il loro tempestivo esame. Possono essere, altresì, previsti *referendum* anche su richiesta di un adeguato numero di cittadini (comma 3)⁶⁹.

La disciplina sia delle "forme di consultazione" della popolazione sia dei *referendum* è demandata allo statuto comunale: riguardo alle prime, nella loro possibile diversa articolazione, non sembrano sussistere dubbi circa la loro estensione ai sedicenni, anche nelle forme di strumenti di decentramento partecipativo, sperimentate da alcuni Comuni e tali da consentire a chi abbia compiuto sedici anni l'esercizio di un diritto di voto; anche in ordine ai secondi tale estensione appare possibile quantomeno sui referendum consultivi⁷⁰, sebbene la prassi soprattutto più recente sembri ancora più

67. Ai sensi dell'art. 5, le modalità di elezione, insediamento e funzionamento dell'organo, comprese la composizione e le attribuzioni del suo Ufficio di presidenza e delle sue commissioni, sono approvate con deliberazione dell'Ufficio di presidenza del Consiglio regionale (comma 1; si tratta della del. 26 aprile 2016, n. 55, allegato A). Il metodo di elezione e di sostituzione dei componenti elettivi del PRST è improntato a favorire la parità numerica tra uomini e donne (comma 3).

68. Esso è composto da 40 studenti eletti in rappresentanza della popolazione studentesca degli Istituti superiori della regione Puglia e da 6 rappresentanti delle Consulte provinciali degli studenti ed ha il compito di studiare e elaborare progetti e proposte di legge da presentare al Consiglio regionale della Puglia (art. 1, regolamento interno).

69. Sul punto, per tutti, F. SCAGLIOTTI, *Art. 8*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *L'ordinamento degli enti locali*, Bologna, 2002, p. 91 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

70. Sul punto, in particolare, L. TRUCCO, *Problemi e prospettive della partecipazione politica dei non cittadini a livello locale*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1449 ss.

estensiva⁷¹. Semmai il punto più critico è dato dal fatto che tutti questi strumenti partecipativi non sembrano ampiamente praticati nella prassi, cosicché essi appaiono di fatto più declamati che effettivi, nonostante che soprattutto le “forme di consultazione della popolazione” non richiedano particolari sforzi di carattere organizzativo (come invece i *referendum*).

Esistono poi anche a livello comunale numerosi organismi di partecipazione, simili nella composizione e soprattutto nel non esaltante rendimento istituzionale a quelli operanti a livello regionale.

71. Così, solo per citare un paio di esempi, il voto ai sedicenni è riconosciuto nello statuto del Comune di Napoli e in quello di Parma.

IL DIRITTO PENALE ALLA PROVA DI “VECCHI” E “NUOVI” PARADIGMI FAMILIARI*

ANTONIO VALLINI
Prof. associato Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Il modello pubblicistico-istituzionale e la tutela penale *della famiglia*. - 2. Il modello costituzionale: tutela della famiglia *dal diritto penale*; tutela penale *dell'individuo nella e dalla famiglia*. - 3. La convivenza possibile tra modelli - 3.1 *La non incompatibilità tra modelli* - 3.2 *L'adattabilità tra modelli* - 3.3. *La parziale preferibilità, rispetto ai principi, del modello "istituzionale"* - 3.4. *La convivenza dei modelli nelle pronunce delle Corti* - 4. Il “terzo modello” della “eugenetica familiare” e della tutela penale *contro la famiglia* - 5. Azioni e reazioni. Verso una definitiva affermazione del paradigma liberale? -

1. Il modello pubblicistico-istituzionale e la tutela penale della famiglia.

Tre modelli di famiglia hanno assunto rilievo nel sistema penale italiano, che corrispondono, tendenzialmente, ad altrettanti momenti storici e ideologici, a tre passaggi culturali¹.

Il primo paradigma è quello pubblicistico-istituzionale, autoritario, maschio-centrico ed eticizzante.

Esso è già lucidamente definito, e criticato, nelle sue implicazioni da Cesare Beccaria²: «Vi siano cento mila uomini, o sia ventimila famiglie, ciascuna delle quali è composta di cinque persone, compresovi il capo che la rappresenta: se l'associazione è fatta per le famiglie, vi saranno ventimila uomini e ottantamila schiavi; se l'associazione è di uomini, vi saranno cento mila cittadini e nessun schiavo. Nel primo caso vi sarà una repubblica, e ventimila piccole monarchie che la compongono; nel secondo caso lo spirito repubblicano non solo spirerà nelle piazze e nelle adunanze della nazione, ma anche nelle domestiche mura, dove sta gran parte della felicità o della miseria degli uomini». Questo brano del “*Dei delitti e delle pene*”, significativamente riportato in apertura del volume *Libertà e Famiglia* di Giovanni Furguele³, è stato recentemente analizzato in un ottimo studio

*. Il testo è una rielaborazione della relazione tenuta al convegno *Progetto genitoriale, familia e familiae: quali regole?* (Firenze, 28 maggio 2015).

1. La prima parte soprattutto di questo intervento riprende molti spunti da R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, II, Milano, 2011, p. 667 ss.; T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006; S. RIONDATO, *Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano*, Padova, 2014; A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, Milano, 2012. A tali contributi qui rinviamo, dunque, una volta per tutte.

2. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, V ed., Harlem (in realtà Livorno), 1766, rist. Milano, 2000, con introduzione e note di G. ARMANI, 54 ss. (§ XXVI).

3. Milano, 1979.

di Domenico Siciliano. Due sono le concezioni della società repubblicana che Beccaria mette a confronto. Vi è una repubblica formata non da cittadini, ma da famiglie; il che significa, nella sostanza, che ad aver voce in capitolo sono i «rappresentanti della famiglia», ovvero i «padri di famiglia». Gli uomini (e le donne) restanti non vengono costituiti cittadini, ma schiavi. Ben diversa è la repubblica degli uomini, in cui tutti sono posti sullo stesso piano in quanto cittadini⁴. In essa, la famiglia non è volta alla irreggimentazione e al contenimento degli spazi di libertà politica e sociale, ma è struttura aperta alla aggregazione spontanea, «motore della repubblica stessa come prima sua fondamentale «molecola»⁵. Ebbene, in un contesto del primo tipo leggi e costumi sono il risultato dei «sentimenti abituali dei membri della repubblica, o sia dei capi della famiglia»; talché lo «spirito monarchico» finirà con l'insinuarsi in quelle leggi e nella repubblica stessa, incontrando come unico possibile contrasto gli «interessi opposti di ciascuno, ma non già [...] un sentimento spirante libertà ed uguaglianza. Lo spirito di famiglia è uno spirito di dettaglio e limitato ai piccoli fatti». Nella repubblica del secondo tipo, che non usa la famiglia come struttura di potere e funzione di scopi che la trascendono, davvero aleggia lo «spirito repubblicano», il quale, «padrone dei principii generali, vede i fatti e gli condensa nelle classi principali ed importanti al bene della maggior parte». La contrapposizione viene ulteriormente declinata da Beccaria: «Nella repubblica di famiglie i figli rimangono nella potestà del capo, finché vive, e sono costretti ad aspettare dalla di lui morte una esistenza dipendente dalle sole leggi. Avvezzi a piegare ed a temere nell'età più verde e vigorosa, quando i sentimenti son meno modificati da quel timore di esperienza che chiamasi moderazione, come resisteranno essi agli ostacoli che il vizio sempre oppone alla virtù nella languida e cadente età, in cui anche la disperazione di vederne i frutti si oppone ai vigorosi cambiamenti?». Quello che è in gioco è pure una lotta di potere tra le generazioni, nonché la contrapposizione ideale tra conservazione autoritaria e riformismo. Scrive Siciliano: «La società dominata dallo spirito di famiglia è catafratta dalla sua «moderazione», cioè dalla sua paura di sperimentare. Questa condizione di sottomissione è l'effetto di un processo di socializzazione ed educativo patriarcale. La «moderazione», la condizione di chi «è moderato», soffoca lo spirito repubblicano e con esso già *la possibilità* della critica. In tal modo vengono resi altamente improbabili se non praticamente impossibili dei cambiamenti fondamentali della struttura della società».

Forti di questa tematizzazione, si legga, adesso, Alfredo Rocco⁶: «nel regolare la filiazione, il matrimonio e le istituzioni connesse, dominerà la concezione fascista della fami-

4. Sulla contrapposizione dialettica tra «unità della famiglia» e «uguaglianza nella famiglia» insiste fin dalle prime pagine G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 3 ss.

5. D. SICILIANO, *Il potere dell'insetto e l'insetto del potere. Ovvero: la questione democratica in «dei delitti e delle pene» di Cesare Beccaria*, in *Quad. fiorentini*, 44 (2015), II, p. 942 ss.

6. in *Civiltà fascista*, 1935, p. 312.

glia. Come secondo la nostra concezione dello Stato e della Società, gli interessi transeunti degli individui devono cadere di fronte agli interessi preminenti della società, la quale è un'organizzazione di cui i singoli non sono che elementi infinitesimali, così egualmente avviene nella società familiare, che è fondamento della società nazionale. Gli interessi dei singoli devono essere sacrificati, quando ciò occorra agli interessi del nucleo familiare. Il matrimonio non è un istituto creato a beneficio dei coniugi, ma è atto di dedizione e sacrificio degli individui nell'interesse della società, di cui la famiglia è nucleo fondamentale».

Una concezione analoga traspariva dietro le categorie di Antonio Cicu, stando al quale la famiglia è in fin dei conti un istituto di diritto pubblico, o comunque di rilevanza pubblica⁷. Nella struttura organicistica, la famiglia riflette per analogia l'organizzazione dello Stato. La famiglia ha anch'essa un ordinamento giuridico interno, che non può svolgersi sino a farsi «mera accozzaglia di rapporti giuridici individuali». Piuttosto, bisogna riconoscerle un'organizzazione di poteri con ripartizione di funzioni e competenze (di cui il marito, il padre, la moglie, la madre, i figli, il parente costituiscono veri e propri «organi»), strumentale al perseguimento di finalità comuni e superiori.

Questa nozione di famiglia temuta da Beccaria, implementata da Rocco e teorizzata da giuristi come Cicu è un «corpo politico intermedio» tra Stato ed individuo, che lo Stato strumentalizza per ordinare ed educare gli individui in termini rigidi e gerarchici (in virtù di una serie di obblighi che il capofamiglia ha di organizzazione e disciplina, e di corrispondenti obblighi che gli altri membri della famiglia hanno verso di lui: la patria potestà assume i tratti di un vero e proprio «ufficio di diritto pubblico», al pari della *patria potestas* romanistica). Gli individui verranno così, a loro volta, resi duttili e funzionali rispetto alle esigenze dello Stato. Le prestazioni che in particolare la famiglia può fornire, in questo senso, riguardano la filiazione, l'educazione (fascista), la conservazione etica e politica, l'organizzazione economica. Coerentemente con simili premesse, *questa* famiglia è concepita in termini formali, fissi e immutabili, rapportabili altresì ad una certa «moralità della famiglia» allora prevalente, utilizzata anch'essa alla stregua di *instrumentum regni*, per la sua diffusione e capacità rafforzativa di assetti sociali e di potere.

Nel diritto di famiglia, a tale concezione corrispondono precisi principi e regole. Il matrimonio è indissolubile, trattandosi di istituzione non corrispondente a interessi individuali disponibili, bensì destinata ad imporsi agli individui per vincolarli al perseguimento di esigenze superiori. Per questa sua funzione istituzionale, il matrimonio deve costituirsi con un atto formale: il dato sostanziale della convivenza e della affettività è tendenzialmente irrilevante. Al suo interno, la famiglia è organizzata in modo gerarchico, con la prevalenza del marito-padre, secondo la tradizione romanistica ripresa dal *Code*

7. A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, p. 77 ss., p. 83 ss., Per una raffinata critica a questa impostazione, e in genere alle teoriche orientate alla salvaguarda di un supposto «interesse oggettivo» della famiglia medesima, v. ancora G. FURGIUELE, op. cit., spec. p. 43 ss.

Napoléon che aveva fatto da modello al codice civile italiano del 1865. È infatti imprescindibile l'individuazione di una figura dominante che organizzi la famiglia e possa risolvere d'autorità il conflitto. La separazione può essere solo per colpa, a sancire una responsabilità per interruzione della convivenza.

Corrispondentemente al medesimo disegno, il diritto penale tende a *tutelare l'istituzione-famiglia*, delineata nel modo anzidetto. I reati di incesto (art.564 c.p.) e di bigamia (art.556 c.p.) puntellano assetti formali ed etici fondamentali. L'incesto, in particolare, impedisce che si consolidino rapporti ostativi al matrimonio secondo le regole civilistiche; la bigamia salvaguarda il precetto monogamico, alla cui rigidità formale fa da contraltare, per il *pater familias*, la possibilità di "sfogare" i propri fisiologici "impulsi" (repressi dalla monogamia) approfittando della prostituzione offerta e disciplinata dallo Stato. I reati di adulterio (per la donna) e concubinato (per l'uomo) - artt 559 e 560 c.p. -, oltre a simbolicamente consacrare una disparità di trattamento endofamiliare, in effetti impongono una corrispondenza tra vincolo coniugale formale e dato sostanziale. Evitano che la donna si sottragga al monopolio garantito al capofamiglia sulle sue prestazioni familiari, sessuali e riproduttive, e che il capofamiglia sia tentato di formare una comunione affettiva o carnale "parallela", concorrente con la famiglia "ufficiale" e capace di disgregarla. I reati contro gli *status* familiari, ancora (artt. 566 ss. c.p.), si pongono a garanzia dell'affidabilità dei rapporti familiari così come formalizzati secondo apposite procedure. Con le fattispecie criminose di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art.570 c.p.)⁸ e di abbandono di persone minori e incapaci "aggravato" (art.591 ult.co.) si costringe penalmente il soggetto ad adempiere ai doveri morali ed economici assunti con il matrimonio. La funzione procreativa della famiglia, strumentale alla buona consistenza della genia italica, è altresì supportata dai reati di aborto e di procurata impotenza intesi, appunto, come "contro la integrità e la sanità della stirpe" (titolo X libro II c.p.). Si considerino, ancora, i reati di "sottrazione di minore e incapace" (artt. 573 s. c.p.), strutturati come violazioni di rapporti interpersonali dalle sfumature "proprietarie", sfide all'autorità del capo famiglia descritti con una terminologia patrimonialistica; il volere del minore è profilo irrilevante, essendo egli considerato incapace fino a 21 anni. In una dimensione analoga si collocano i delitti di ratto (art.522 ss. c.p.): la privazione della libertà personale – costituita da una "sottrazione" o "ritenzione" - è qualificata dal fine (di libidine o di matrimonio) e si distingue dal "sequestro di persona" per lo *status* familiare del soggetto passivo, che è "donna non coniugata" o "persona maggiore di anni quattordici e minore degli anni diciotto (nell'art. 522) ovvero "donna maggiore di età" o "donna coniugata" (nel 523 c.p.).

8. Sui nessi tra art. 570 c.p. in particolare e visione "pubblicistica" della famiglia cfr. E. ANTONINI, *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, Milano, 2007, p. 3 ss.; ID., *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare nei mutati scenari della famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 901 ss.; S. LARIZZA, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare: i limiti della tutela penale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2725 ss.

La persona rapita è tutelata, insomma, in rapporto non alla sua libertà, bensì alla potestà che su di lei esercita il capo famiglia. La condizione di “donna coniugata” è, non a caso, un’aggravante (di cui sfuggirebbe la *ratio*, se ad essere salvaguardate fossero la libertà personale o sessuale). Il medesimo orientamento di senso si trae dalla attenuante dell’art. 525 c.p., che opera ove avvenga la riconduzione della donna “alla casa donde la tolse o a quello della famiglia di lei” per collocarla “in un altro luogo sicuro a disposizione della famiglia stessa”. Una vera e propria restituzione della cosa sottratta al suo possessore.

Niente di più eloquente, poi, di quei delitti che assumono apertamente, come elemento costitutivo, l’ “ordine” e/o la “morale familiare” (art.570, 1° co.; 565 c.p.); o delle fattispecie che presuppongono misure legali di violenza intrafamiliare, punendo soltanto gli eccessi rispetto a quanto funzionale alle esigenze della famiglia, dato che quella violenza non è nella libera disponibilità di chi la detiene e non può essere distruttiva, ma solo disciplinante, per chi la subisce. Si sta facendo riferimento al reato di abuso dei mezzi di correzione e disciplina (art. 571 c.p.), che sanzionando un abuso di potere “correttivo e disciplinare” solo quand’esso ponga concretamente in pericolo la salute, sottintende la liceità di un “uso” moderato di quel medesimo potere, anche mediante strumenti violenti, purché orientati verso scopi educativi e correttivi (e vi si ricomprendeva allora, senz’altro, anche l’uso della potestà del marito nei confronti della moglie)⁹. Si hanno in mente, altresì, le fattispecie di violenza sessuale e atti di libidine violenti (artt. 519 ss. c.p.), sanzionate solo quando “esteriorizzate” da una condotta di violenza o minaccia, perché i beni che si avevano a cuore erano la “morale pubblica” e il “buon costume”. Il semplice dissenso del soggetto passivo, magari manifestato nel chiuso di un rapporto coniugale, non era elemento sufficiente a ritenere integrato il reato. Si immaginano, insomma, spazi di costrizione lecita della donna al “debito coniugale”.

D’altronde la trasgressione di un tale “debito” è sanzionata anche dall’art.570, 1° co., c.p., *sub specie* di sottrazione agli “obblighi di assistenza morale e familiare”, secondo la lettura originaria di questa norma.

2. Il modello costituzionale: tutela della famiglia dal diritto penale; tutela penale dell’individuo nella e dalla famiglia.

Un secondo modello è quello che almeno per esigenze di sintesi può definirsi, al contempo, liberale, personalistico, solidaristico. È il modello accolto dalla Costituzione, e propugnato da autorevoli giuristi, in certa misura persino anticipando i tempi. Tra i primi, il Maestro cui questi studi sono dedicati¹⁰.

9. Rinviamo, anche per i necessari rimandi a dottrina e giurisprudenza, a A. VALLINI, *L’eccesso dell’educatore, l’empatia del giudice. Ovvero dell’uso emotivo del potere*, in *Criminalia*, 2011, p. 473 ss.

10. V. G. FURGIUELE, op. cit., spec. p. 58 ss. e *passim*.

L'elemento liberale è dato dal riconoscimento che la famiglia, nella sua dimensione naturale – cioè antropologica - è una realtà plurima, che si compone in ragione di libere pressioni individuali e di sviluppi culturali¹¹, strutturalmente restia a coercizioni da parte del diritto penale. È un modello figlio, e padre, di una concezione pluralistica, dinamica ed evolutiva di famiglia (con ampie aperture alla convivenza di fatto), che spinge casomai verso una tutela della famiglia *dal* diritto penale. A un ottica del genere corrisponde la dimensione di “libertà negativa”, di *privacy*, cui oggi fanno riferimento l'art. 8 della Convenzione europea diritti dell'Uomo¹²; nonché l'art.7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea («ogni individuo ha il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare»)¹³.

Ma non era poi molto lontana, a ben vedere, la dimensione originaria dell'art.29 Cost. Esso definisce un'idea di famiglia, riferendosi alla sua portata “naturale” e al suo strutturarsi su di un matrimonio. Se si consultano gli interventi di Moro e Mortati in assemblea costituente, ben emerge come quella norma intendesse valorizzare la portata culturale e l'origine spontanea, pregiudica, della “famiglia” quale formazione sociale intermedia, da contrapporre alle ingerenze (già sperimentate) del legislatore fascista e a quelle (paventate) di un eventuale governo comunista. Si aveva allora in mente, è ovvio, un modello culturale e antropologico in quel momento prevalente; ma lo stesso concetto di matrimonio si apre virtualmente a nuove idee di matrimonio, ed è erroneo – come spesso si fa – interpretarlo alla luce della legislazione ordinaria, così invertendo i fattori¹⁴. D'altronde, il pur frequente appello a supposte forme di famiglia *legittimate dal diritto di natura*¹⁵, facilmente tradisce la propria valenza di artificio volto «ad introdurre» nelle pieghe di significato della disposizione costituzionale «i postulati di una determi-

11. Taluno parla di “modello debole” di famiglia (per intenderne l'elasticità): V. DEL TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in *Diritto penale. Parte speciale*, a cura di D. PULITANO, I, *Tutela penale della persona*, 2° ed., Torino, Giappichelli, 2014, p. 426 ss.

12. V. da ultimo C. eur. dir. uomo, 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia, ricorsi n. 18766/11 e n. 36030/11, sulle unioni omosessuali.

13. La dimensione positiva del diritto alla famiglia è invece delineata dall'articolo 9 («il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»); il profilo “solidaristico” traspare dall'articolo 33 («è garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale; al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio»). Nota S. RIONDATO, op. cit., 43 s., come l'Europa non si pronuncia sulla famiglia come tale, ma solo su alcuni aspetti di essa, in particolare sulla relazione madre-figlio. Prevarrebbe, nondimeno, un orientamento favorevole «all'individualismo istituzionalizzato», dato che la Carta non prende posizione circa il ruolo sociale della famiglia.

14. M. BESSONE, *sub art. 29*, in *Comm. cost. Branca*, , *Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976, p. 22 ss.; C. PATERNI, *La famiglia nel diritto penale*, Milano, 1970, p. 104. D'altra parte la formulazione dell'art. 29 Cost. fu proposta dall'on. Togliatti, che non può certo considerarsi un cattolico giusnaturalista: v. E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981, p. 280 ss.

15. Ad es. L. FERRI, *Il diritto di famiglia e la costituzione della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 120.

nata ideologia, più spesso quella del cattolicesimo sociale, non di rado quella borghese – in una versione conservatrice entrambe – »¹⁶.

La Corte costituzionale ha poi valorizzato norme come gli artt.2 e 30 Cost.¹⁷: forme di comunione degli affetti che si ritengono non riconducibili al paradigma delineato dall'art.29 Cost. (nonostante l'elasticità di quest'ultimo), hanno comunque un valore costituzionale come "società degli affetti" al cui interno il singolo deve poter liberamente sviluppare la propria personalità, e come contesti ove si può esercitare il diritto alla filiazione. La nozione liberale-costituzionale è, dunque, anche personalistica.

Importanti attuazioni di questo approccio possono considerarsi, ad esempio, le sentenze con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 569 c.p. nella parte in cui prevedeva la "automatica" perdita della potestà genitoriale in capo al genitore condannato vuoi per alterazione, vuoi per soppressione di stato¹⁸. Esprimendo un'istanza forte al tempo stesso personalistica e di salvaguardia dei rapporti affettivi/familiari dalle ingerenze del diritto penale, il Giudice delle Leggi ha evidenziato come detta sanzione potrebbe andare in concreto a detrimento dell'interesse del minore, sicché la sua applicazione deve essere subordinata ad una valutazione discrezionale del giudice. Tali pronunce sono state fondate vuoi sul principio di ragionevolezza (art.3 Cost.), vuoi sull'art.117 Cost., in considerazione delle norme sovranazionali che appunto impongono di far prevalere il *best interest* del minore.

Il modello in esame è animato, altresì, da una concezione personalistica-solidaristica. La premessa liberale della "parità astratta" tra individui nell'esercizio di diritti e nel godimento di libertà è integrata dalla realistica considerazione che, nel contesto domestico, possono esserci soggetti deboli (prevalentemente: i figli, le donne), esposti

16. lo dimostrerebbero affermazioni quali quelle secondo le quali «lo Stato, nel riconoscere la famiglia come istituto di diritto naturale, ha inteso far capo a quanto «risulta dalle tradizioni, dalla religione, dal costume degli italiani»; dall'altro il tipo di utilizzazione a cui l'argomento naturalistico si è via via prestato perché ne uscissero confermate la necessità di un ordinamento gerarchico della famiglia, l'indissolubilità del matrimonio, l'intangibilità della famiglia legittima. Laddove, quindi, il criterio di giudizio è essenzialmente politico e non oggettivo, come viceversa s'insiste a dichiarare»: G. FURGIUELE, op. cit., p. 68 ss., citando criticamente DEL GIUDICE.

17. sent. 15 aprile 2010, n. 138. Cfr. al riguardo M. RIVERDITI, *La doppia dimensione della famiglia (quella "legittima" e quella "di fatto") nella prospettiva del diritto penale vigente. Riflessioni*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, p. 560 ss.

18. Rispettivamente Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 31 e Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 7. V. L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1585 ss.; S. LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l'applicazione automatica della decadenza della potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5, p. 597; M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 377 ss.; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4909 ss.; V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013, 2, p. 199 ss.

a possibili soprusi endofamiliari. Considerazioni che spingono verso una *tutela penale dell'individuo nella, e dalla famiglia*.

Scriveva già Francesco CARRARA¹⁹: i reati contro la famiglia si incentrano sulla «desione dei diritti di famiglia» intesi come «diritti derivati [all'uomo] dagli speciali rapporti che fra lui ed altri suoi simili genera[...] il vincolo di famiglia, al quale i membri della medesima si trova[...]no rispettivamente legati»; «le offese che ledono l'uomo, non in quanto si considera soltanto nel suo essere d'individuo isolato, ma in quanto di più si considera come legato ad un determinato numero di suoi simili per i vincoli di famiglia».

Scriveva altresì, alla fine degli anni '70, Giovanni Furguele: «la rilevanza giuridica attuale della famiglia [è] quella del *rapporto avente per contenuto lo svolgimento della personalità di ciascuno di coloro che ne sono membri*»; prefigurando la famiglia come un luogo di espressione del «concetto giuridico di persona come *individuo sociale*. In quest'ottica il soggetto non è monade, ma rileva in una dimensione che è al tempo stesso di *libertà e solidarietà*»²⁰

Questa combinazione di modelli, nella loro portata prescrittiva, ha indotto il legislatore repubblicano – nel contesto della più generale, e storica, riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151) - ad alcuni (pochi) interventi affatto “novativi” in ambito penale, nonché alla rielaborazione di paradigmi criminosi preesistenti. Si è trattato di aggiornamenti residuali, relativi per lo più a casi in cui si riscontra un soggetto debole, oppure la famiglia si sta sfaldando, o già si è sfaldata, sicché si riducono le implicazioni negative (secondo la concezione liberale) della intromissione del diritto penale nelle dinamiche familiari, mentre l'istanza personalistica rivela un pieno bisogno di tutela penale. D'altronde, l'esigenza di tutelare la famiglia *dal* diritto penale di nuovo emerge là dove l'elemento familiare, lungi dal costituire il fulcro di interventi punitivi *ad hoc*, tutt'al più aggrava altri reati comuni, o ne cambia la procedibilità, o comporta l'attivazione di speciali misure (si pensi alle misure preventive in caso di “violenza domestica”²¹).

Un passaggio particolarmente espressivo del nuovo orientamento in tema (anche) di famiglia fu la riformulazione e ricollocazione – con l. n.66/1996 - dei reati di violenza sessuale alla stregua di fattispecie “contro la persona” e “contro la libertà” – sezione II, capo III, titolo XII c.p. (pur mantenendosi, quale profilo costitutivo del reato di cui, ora, all'art.609 bis c.p., una condotta violenta o minacciosa). La giurisprudenza ne trasse spunto per riconoscere senz'altro come tipica la violenza sessuale endofamiliare, con un'interpretazione oggi ormai scontata²², e che ha trovato recentemente conferma nella nuova aggravante dell'art.609 ter 5 *quater* c.p. (introdotta con d.l. 93/2013, conv. in l. 119/2013).

19. *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale ossia esposizione dei delitti in specie*, III, Lucca, 1873, § 1860, p. 286.

20. G. FURGUELE, op. cit., p. 59 ss.; p. 62 ss.

21. Rispetto alla fattispecie di “atti persecutori” (c.d. stalking) v. già l'art. 8 del d.l. 23 febbraio 2009, n.11, convertito in l. 23 aprile 2009, n.38; v. poi l'art. 3 d.l. 14 agosto 2013, n.93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n.119, appunto sulla “violenza domestica”.

22. V. già Cass. pen., sez. 3, 16 febbraio 1976 – 4 dicembre 1976, n. 12855, in *Giust. pen.*, 1978, 2, p. 406.

Nella medesima prospettiva si collocano, altresì, i reati a salvaguardia dell'assegno di mantenimento (art. 12 *sexies* l. 898/70, che mutua la sanzione dall'art. 570 c.p., e al quale a sua volta rinvia l'art. 3, l. 54/2006). La frattura del rapporto matrimoniale evidenzia una situazione di debolezza, che da un lato suggerisce una tutela penalistica, dall'altro lato la legittima, non trattandosi più di intromettersi in una relazione familiare in realtà, ormai, compromessa. Viene pure considerata la debolezza intrinseca, per così dire, del diritto civile: il diritto penale interviene in funzione meramente sanzionatoria di una inottemperanza ad obblighi familiari, quasi a sopperire ad una certa riconosciuta ineffettività dei rimedi privatistici (v. però *infra*).

Di particolare rilievo, altresì, l'introduzione (con d.l. 11/2009, conv. con modificazioni, in l. 38/2009) nel codice della fattispecie di "atti persecutori" (c.d. *stalking*: art.612 *bis* c.p.), pensata principalmente (anche se non necessariamente) per interrompere dinamiche relazionali patologiche, fatte di comportamenti reiterati, minacciosi e molesti, quali quelle che non di rado, e pericolosamente, possono attivarsi nella fase finale o dopo la chiusura di un rapporto affettivo o coniugale.

Anche altre aggravanti introdotte con il recente provvedimento c.d. sul "femminicidio" riconoscono, in sede penale, il valore intrinseco della famiglia di fatto, e al tempo stesso individuano una maggiore gravità del fatto, o un'ulteriore dimensione della sua offensività, nella circostanza che esso venga realizzato contro soggetti deboli (si pensi alla aggravante della violenza assistita dai minori, o alla tutela privilegiata della donna incinta: art. 61, n. 11 *quinquies*, introdotto con d.l. 14 agosto 2013, n.93, convertito, con modificazioni, nella l. 15 ottobre 2013, n.119).

Particolarmente significativa, poi, la riformulazione della fattispecie di maltrattamenti di cui all'art.572 c.p. (se considerata anche in rapporto alla sua reinterpretazione giurisprudenziale). Essa diviene figura criminosa comprensiva d'ogni forma di vessazione domestica che assuma tratti di gravità, e di intrinseca incompatibilità, con la fisiologia familiare, così autorizzando l'intromissione del diritto penale. La fattispecie si incentra, oggi, su di una vera e propria sovversione del finalismo impresso alle strutture familiari dagli artt.2, 3 2° co., 29 e 30 Cost., norme che pretendono che simile "formazione sociale" sia funzionale a un pieno sviluppo della personalità degli individui che in essa attendono di soddisfare ineludibili esigenze solidaristiche, affettive ed esistenziali. Attraverso la condotta reiterata dei maltrattamenti, rapporti riconducibili a quel paradigma vengono invece *nella loro interezza* strumentalizzati e radicalmente distorti: per questo è giusto enfatizzare, come fa la Cassazione, il requisito della "abitualità", e pretendere un orientamento univoco (anche soggettivo) della condotta nel senso appena precisato. Il maltrattatore è, insomma, colui che tramuta una relazione, che dovrebbe servire alla soddisfazione di aspirazioni profondissime della controparte, in una frequentazione finalizzata alla sistematica vessazione e umiliazione. Questo connubio di senso tra reato di maltrattamenti

e (funzione costituzionale delle) “formazioni sociali” trova conferma, dicevamo, negli ultimi interventi del legislatore, che lo perfezionano ed enfatizzano. La l. 172/2012 ha, infatti, abrogato la diversa ipotesi criminosa del maltrattamento di minore degli anni quattordici non appartenente alla famiglia del soggetto attivo, né a questi correlato da un rapporto qualificato (il “maltrattamento verso fanciulli”). L’età del figlio diviene, semmai, elemento aggravatore; viene meno, dunque, la figura tipica del maltrattamento, ove la condotta non si inserisca in una relazione familiare. Lo stesso intervento legislativo, su altro fronte, ha viepiù valorizzato il ruolo tipico del rapporto familiare, estendendolo a situazioni di mera convivenza²³.

3. La convivenza possibile tra modelli.

Il passaggio dalla fase pubblicistico-istituzionale a quella liberale-personalistica-solidaristica, almeno nel settore del diritto penale della famiglia, è stato parziale, graduale, solo marginalmente traumatico. Ancora buona parte del sistema codicistico, per intendersi, conserva i tratti originari. Che pure affiorano ricorrenti nella prassi.

Varie le ragioni di questo fenomeno. Si può plausibilmente sostenere, in estrema sintesi, che il modello pubblicistico *non è interamente incompatibile* con un diritto penale principalmente ispirato dal modello costituzionale; che, anzi, il primo ha una vocazione *a metamorfosi nel modello costituzionale*; che, addirittura, per certi versi almeno il modello pubblicistico offre *migliori performances, quanto a capacità di adattamento ai principi costituzionali*.

3.1 La non incompatibilità tra modelli.

La *non incompatibilità* dipende dalla circostanza che i due modelli operano in buona misura su piani differenti, sicché possono non interferire. Quello pubblicistico mira a tutelare certe forme familiari, nella loro portata istituzionale; quello personalistico e solidale si occupa di altro, e cioè della persona nei rapporti familiari. Quello personalistico e liberale consente aperture a forme di famiglia *ulteriori* rispetto a quelle formalizzate dal modello pubblicistico, *tra le quali* ben può continuare a collocarsi la famiglia che maggiormente interessa nell’ottica pubblicistico-istituzionale.

Il diritto penale è, d’altronde, per sua natura (e in ragione dei principi che lo governano) frammentario. Esso non è costretto, per così dire, a “inseguire” certe evoluzioni sociali e culturali per “abbracciarle” ed esaurirle nella loro complessità e variegatezza, e dare loro forma giuridica coerente, univoca ed esaustiva. Considerato in una accezione “liberale”, non è neppure costretto a tutelare tutte le famiglie nella loro portata organica, e in quanto tali, perché anzi la famiglia si fa spazio di libertà negativa che il più possibile deve rimanere esente dalla protezione paternalistica, dirigistica, occhiuta del diritto pe-

23. Rinviamo, anche per i necessari riferimenti a dottrina e giurisprudenza, al nostro *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella “famiglia”*, in *Dir.pen.proc.*, 2013, p. 151 ss.

nale. Risente dunque assai meno, il diritto penale, di possibili contraddizioni interne, e non soffre per lacune di tutela. Si può modulare differientemente in rapporto a diverse esigenze di salvaguardia.

Certo, è stato necessario eliminare alcune ipotesi di conservazione tramite pena della famiglia, strutturalmente incompatibili con il valore della uguaglianza e della pari dignità dei familiari, tipico del modello costituzionale. In tale prospettiva si apprezza l'eliminazione dei reati di adulterio e di concubinato, da parte della Corte costituzionale (sentt. 126/68 e 147/69), per violazione del principio della "eguaglianza morale e giuridica dei coniugi". Vi è stato, poi, un totale ripensamento della disciplina dell'aborto, e dunque dei reati a tale disciplina correlati (l.194/78). Sono stati eliminati i delitti per causa di onore²⁴: e merita considerare come l'infanticidio (art.578 c.p.), un tempo punito meno dell'omicidio in ragione, appunto, di quella "causa", sia oggi configurato come omicidio "meno grave" finché determinato da una condizione di abbandono morale e materiale, dunque da una situazione di debolezza e sofferenza per mancato adempimento altrui agli obblighi di solidarietà familiare. Per il resto, però, reati come quello di bigamia, o contro gli *status* familiari, continuano a salvaguardare "forme" coniugali e di filiazione ben definite e corrispondenti ad accezioni "classiche", non incompatibili con il modello liberale e personalistico.

V'è di più. Come acutamente ha evidenziato Alessandro Spena²⁵, il modello costituzionale non è affatto restio ad attribuire una funzione "istituzionale" alla famiglia, intesa nella sua dimensione "organica". Nel disegno ordito dalla Carta fondamentale la famiglia è tratteggiata non solo come struttura sociale che offre possibilità di libera espressione alla personalità individuale, ma anche come una "micro-comunità" alla quale la Costituzione assegna funzioni di interesse generale e costituzionale (assistenza, educazione, mantenimento). Funzioni sociali, ma pur sempre delegate, sollecitate e protette dall'ordinamento anche pubblico. In questa diversa ma per certi versi simile prospettiva si possono così rileggere alcune incriminazioni. In specie, i reati di violazione degli obblighi di assistenza familiare o di omessa prestazione dei mezzi di sussistenza (art.570 c.p.) si pongono oggi a sostegno di questa funzione (non più pubblicistica, ma sociale sì) della famiglia. Anzi, a momenti negli spazi applicativi di simili fattispecie riemergono i tratti di una funzione persino pubblica, secondo una logica di sussidiarietà: la famiglia è intesa quale struttura che fornisce prestazioni ad es. economiche e assistenziali che, altrimenti, sarebbero di competenza dello Stato. Così, secondo l'interpretazione prevalente in giurisprudenza, la

24. V. l.5 agosto 1981, n. 442 – *Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*.

25. *Reati contro la famiglia*, cit., p. 25 ss. Un modello intermedio qualificabile come "personal-pubblicistico" è individuato da M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 575 ss., con riferimento però a dinamiche familiari spontanee che trovano un limite in un intervento pubblicistico a tutela dei diritti fondamentali del singolo nella formazione sociale.

possibilità di intervento dei servizi sociali, ad esempio, non fa venir meno la rilevanza di omissioni di assistenza familiare rilevanti penalmente; anzi, proprio questo intervento è la prova di un'avvenuta disfunzione assistenziale, nelle dinamiche endofamiliari, che ha determinato un danno allo Stato²⁶. Se valesse esclusivamente la prospettiva personalistica, l'intervento penale troverebbe, in casi del genere, più difficile legittimazione, mancando una vittima per la mancanza di una offesa.

3.2 L'adattabilità tra modelli.

Il modello pubblicistico, almeno per le modalità tecniche con cui è stato storicamente realizzato, si dimostra duttile a *metamorfosi*, in particolare per mezzo di *interpretazioni adeguatrici*, capaci di accordarlo al tenore delle pretese costituzionali; sia pure soltanto entro certi limiti, e in rapporto a talune fattispecie, sicché non si può certo ritenere solo per questa via raggiungibile un "nuovo" sistema di incriminazioni nel complesso ragionevole, e adeguato agli sviluppi antropologici e culturali del nucleo sociale essenziale di cui ci stiamo occupando²⁷. È, in specie, il ricorso frequente ad elementi normativi che rinviano al diritto di famiglia vigente a consentire via via un adattamento agli sviluppi della disciplina privatistica, a loro volta ispirati dalla Carta fondamentale (anche se, in taluni casi, si è resa necessaria una modifica legislativa degli elementi normativi: vedi il recente inserimento, anche nelle norme penali, del lemma "responsabilità genitoriale", ad opera del d.lgs., 28/12/2013 n° 154²⁸). A volte, poi, quegli elementi rinviano senza mediazioni a precetti etico-sociali; una tecnica considerata non problematica nel '30, posto che allora si supponevano, in ampia misura, un'etica e una pratica familiare univoche, certe e conformi agli intenti del legislatore fascista. Oggi, nell'era del pluralismo familiare, quelle stesse clausole consentono adeguamenti dinamici ed evolutivi. In tal senso si può considerare, ad es., il concetto di "famiglia" nell'art.572 c.p. (reato di maltrattamenti), entro il quale la giurisprudenza fa tranquillamente rientrare anche la famiglia di fatto (talora persino la relazione con i domestici, o con l'amante di uno dei coniugi)²⁹. O, ancora, la nozione di "morale familiare", requisito tipico (come già si è ricordato) della fattispecie di violazione degli obblighi di assistenza morale e familiare (art. 570, 1° co., c.p.). Esso rinviava, originariamente, al "debito coniugale", e a un ben preciso "ordine familiare"; ne derivava, tra

26. Cass. pen., sez. 6, 2 maggio 2007 – 25 maggio 2007, n. 20636, in *Ced* 236619.

27. V. al riguardo specialmente M. BERTOLINO, op. cit., 574 e ss.; A. ROLATI, *Lo statuto penale del coniuge separato, del divorziato e della persona "comunque convivente" nell'orizzonte della famiglia "liquida"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1441 ss.

28. V. il riepilogo curato da A. GIUDICI, *Riflessi penalistici della riformata disciplina della filiazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 gennaio 2014.

29. Cfr. M. BERTOLINO, op. cit., p. 584 ss.. V. poi Cass. pen., sez.VI, 18 marzo 2014 – 15 luglio 2014, n. 31121, in *Ced* 261472: in tema di maltrattamenti in famiglia l'art. 572 cod. pen. è applicabile non solo ai nuclei familiari fondati sul matrimonio, ma a qualunque relazione sentimentale che, per la consuetudine dei rapporti creati, implichi l'insorgenza di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale. Sul punto, con ampi richiami bibliografici e giurisprudenziali, A. ROLATI, op. cit., p. 1456 ss.

l'altro – e lo stesso vale anche secondo le interpretazioni più recenti - una netta distinzione sistematica tra le fattispecie del primo e del secondo comma, invece chiaramente volte a salvaguardare precise esigenze “materiali” definite dalla legge³⁰. Alla luce di una lettura più moderna³¹, il primo comma dell'art.570 c.p. richiama, piuttosto, rapporti morali quali quelli strutturati, in una logica solidaristica, aperta ed egualitaria, dal codice civile dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, e prima ancora dalla Costituzione repubblicana³²; sicché vi sarebbero persino motivi per ritenere in qualche modo ridimensionata, pur permanendo, la distinzione di contenuti tra le ipotesi del primo e dei commi successivi³³. Le Sezioni Unite, risolvendo una risalente diatriba, hanno d'altronde rinvenuto nel primo comma dell'art.570 c.p. la norma cui farebbe rinvio, *quoad poenam*, l'art. 12 *sexies*, legge 1° dicembre 1970, n. 898, vale a dire una disposizione incentrata sulla violazione di un obbligo decisamente di natura economica e correlato alla salvaguardia dei singoli in un contesto di crisi familiare, quale quello alla corresponsione dell'assegno divorzile³⁴.

L'adattabilità dell'assetto dei delitti contro la famiglia al nuovo paradigma costituzionale è poi, in parte, facilitata dalla natura non del tutto ideologica dell'approccio dei redattori del codice Rocco. Si perseguiva perveramente un preciso progetto politico, non esposto a fluttuazioni democratiche – sicché non vi era troppo bisogno di insistere sul dato simbolico e mediaticamente spendibile (almeno non come vi è costretta la debolezza politica di adesso) – e vi era altresì la consapevolezza dell'esistenza, in concreto, e sia

30. G. LEONE, *La violazione degli obblighi di assistenza familiare nel nuovo Codice Penale*, Napoli, 1931, p. 29 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. - parte speciale*, I, 14° ed. a cura di C.F. Grosso, Milano, 2008, p. 518 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, VII, Torino, 1984, p. 851; P. PITTARO, *Sul delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare*, *Fam. e dir.*, 1995, p. 584; T. DELOGU, *Dei delitti contro la famiglia*, in Cian Oppo Trabucchi (cur.), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VII, Padova, 1995, p. 383; v. anche App. Milano, 25/11/92, MOTISI, in *Giur. mer.*, 1994, p. 342; v. oggi ancora P. SEMERARO, *Famiglia e diritto penale*, Roma, 2016, p. 41 s.

31. Sulle proposte di “attualizzazione” in via ermeneutica della fattispecie, sicché essa valga come forma di tutela di diritti individuali all'interno della fattispecie, v. A. DI MARTINO, *Diritto penale e “crediti da crisi familiare”. Accessorietà della tutela fra assetti consolidati e recenti modifiche normative*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, II, Torino, 2011, p. 811, p. 813 ss.

32. V. MARCUCCI, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Nss.D.I.*, XX, Torino, 1975, p. 862; C.PATERNITI, op. cit., p. 62 ss.; A. DI MARTINO, op. cit., p. 828 ss. Secondo un'interpretazione ancora più restrittiva (G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, p. 677 ss.; F. FIERRO CENDERELLI, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Enc.dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 771; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 209) addirittura soltanto i doveri di assistenza familiare di natura economica potrebbero essere penalmente rilevanti pure ex art.570, 1° co. La clausola è stata ritenuta conforme al principio di determinatezza da Corte cost., 24 febbraio 1972, n.42, in *Giur. cost.*, 1972, p. 187. Sulla problematica correlazione tra obblighi civilistici e precetti penalistici in questo settore, ed anche più in generale, vedi ancora A. DI MARTINO, op. cit., p. 814 ss.; p. 835 ss.

33. A. VALLINI, *La violazione dei c.d. “obblighi di assistenza materiale” e l'errore inerente a fattispecie connotate da disvalore etico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 938 ss. Sulla questione l'indagine più attenta è quella di A. DI MARTINO, op. cit., p. 839 ss.

34. Cass. pen., sez. un., 31 maggio 2013, n. 23866, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1456 e ss., nota M.N. MASULLO, *Oltre il rinvio quoad poenam: un'interpretazione che ricomponne le disarmonie di tutela tra coninge separato e coninge divorziato?* Ma v. già A. DI MARTINO, op. cit., p. 852 ss. Sulle complesse implicazioni di questa decisione, in rapporto all'imperfetto sistema normativo su cui essa va ad insistere, di recente, e per tutti, A. ROIATI, op. cit., p. 1447 ss.

pure marginalmente (o clandestinamente) di forme di famiglia “esterne al matrimonio” diverse da quella formalizzata. Queste ultime non venivano dunque negate *tout court*, con una sorta di rimozione psicologica e “ideologica”, ma strategicamente e realisticamente si cercava di “assorbirle” nel progetto dirigistico attuato mediante la pena, in modo da renderle, anch’esse, controllabili e gestibili.

Si veda, ad esempio, quanto è ampia la nozione di famiglia presa in considerazione nel definire il concetto di “prossimi congiunti” (art. 307 c.p.) o tracciando i confini del reato di incesto. Ma peculiare era, soprattutto, l’attenzione rivolta alla filiazione illegittima (v. la norma definitoria dell’art. 540 c.p.), rispetto alla quale valeva un’altra istanza forte del regime: quella di garantire anche numericamente la “stirpe” italica (era in quest’ottica, d’altronde, che si proibivano aborto e sterilizzazione volontaria). Da qui, l’apertura alla considerazione di relazioni familiari extramatrimoniali, evidente, ad es., nei delitti “contro lo stato di famiglia”.

V’è di più: al codice Rocco, già nella sua formulazione originaria, non è estranea una logica di *tutela della famiglia dal diritto penale* (oggi recuperabile per la sua inaspettata corrispondenza con una prospettiva “liberale”, e personalistica). Proprio perché si intendeva strumentalizzare l’istituzione famiglia nel modo più efficace possibile, si era ben consci di come l’interferenza greve della giustizia penale potesse alterare il buon funzionamento della società domestica rispetto al progetto politico perseguito. Si sancivano, perciò, spazi di non intervento punitivo (su cui di recente ha speso osservazioni di grande interesse Roberto Bartoli³⁵). Alcuni – art.649 c.p. – si prestano oggi a riletture in termini di causa di non punibilità (la cui *ratio*, risiede nella inopportunità politico criminale della sanzione, essendo preferibile la soluzione interpersonale di tensioni interne alla struttura familiare, che l’intervento penale alla fine ostacolerebbe). Altri – art.384 c.p.³⁶ – possono intendersi *sub specie* di scusante, postulando la “non esigibilità”³⁷ da parte di familiari di comportamenti conformi all’astratto dovere penalmente sanzionato ma pregiudizievole per altro familiare (e non mancano estensioni “analogiche” anche al convivente, sul presupposto che si tratti, al più, di analogia *in bonam partem*³⁸). Addirittura, come evidenzia una recente sentenza – pur

35. Op. cit., p. 687 ss.

36. V. Sezioni Unite 14 febbraio 2008, n. 7208, in *Giust. pen.*, 2008, 2, p. 257, nota M. LEPERA, ove pure si evidenzia l’identità di *ratio* con l’art. 199 c.p.p.

37. Ma si vedano le osservazioni critiche di A. SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384, primo comma, cp)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 148 ss.

38. V. diversamente Cass., Sez. V, n. 41139 del 22/10/2010, in *Ced* 248903: non può essere applicata al convivente “more uxorio”, resosi responsabile di favoreggiamento personale nei confronti dell’altro convivente, la causa di non punibilità operante per il coniuge, ai sensi del combinato disposto degli artt. 384, comma primo, e 307, comma quarto, cod. pen., i quali non includono nella nozione di prossimi congiunti il convivente “more uxorio”. (cfr. Corte cost. 121 del 2004 e 140 del 2009); prima, però, v. Cass., Sez. VI, n. 22398 del 22/01/2004, in *Ced* 229676: anche la stabile convivenza “more uxorio” può dar luogo per analogia al riconoscimento della scriminante prevista dall’art. 384 cod. pen.. E recentemente Cass., Sez. II, 21 -30 aprile 2015, n.34147, in *www*.

di inammissibilità - della Corte costituzionale, gli spazi di non punibilità dell'art. 649 c.p. appaiono finanche eccessivi rispetto a quanto pretenderebbe un corretto bilanciamento tra esigenza di salvaguardare la famiglia dal diritto penale, e tutela di beni patrimoniali³⁹. In un orizzonte di senso analogo si colloca la condizione obiettiva cui è subordinata la punibilità dell'incesto, costituita dal pubblico scandalo (art.564 c.p.). Fintantoché l'incesto non abbia assunto carattere pubblico, è bene che le sue implicazioni negative si risolvano nel contesto interpersonale, ché altrimenti sarebbe la persecuzione penale di per sé a creare quell'esteriore sconvolgimento morale che si intende, invece, evitare⁴⁰.

Il codice del '30, ancora, già proponeva una salvaguardia del familiare dalla famiglia, e nella famiglia, secondo modalità di intervento in buona misura conformi a più moderne logiche personalistiche. Scriveva Arturo Rocco che la famiglia è la «prima elementare e universale forma di comunanza sociale, fondata su vincoli di affetto e di sangue, nella quale l'uomo trova le naturali condizioni del suo svolgimento fisico, intellettuale e morale», e apertamente riconosceva una missione del diritto penale a proteggere «i diritti soggettivi [...] dei singoli membri della famiglia gli uni verso gli altri» (parallela a quella invece orientata a tutelare «al di sopra di essi, i beni e gli interessi della società familiare, come tale», intesa quale «collettività di individui determinati legati da vincoli giuridici reciproci [...], collettività, tuttavia, giuridicamente non personificata»⁴¹). Nelle scelte del legislatore fascista risuona questa eco. Al momento di assurgere la “famiglia come tale” ad oggetto di tutela, si fa certo riferimento a quella ben precisa idea di famiglia, che interessava politicamente: così, ovviamente, nei *delitti contro il matrimonio*, e nello strutturare delitti attinenti a specifici obblighi e potestà endofamiliari strutturali a quel progetto (violazione obblighi assistenza familiare; abuso dei mezzi di correzione e disciplina). Quando, tuttavia, si cura di sanzionare aggressioni contro interessi individuali, rispetto alle quali il rapporto familiare, *quale che sia*, assume un ruolo criminogeno e aggravante, quel medesimo legislatore ben percepiva come non avesse più senso “vincolarsi” ad una idea prestabilita di famiglia. In senso generico ed elastico è dunque da intendersi il concetto di “vita familiare” nel 133 c.p., utile a misurare la “capacità a delinquere”; o nel contesto

penalecontemporaneo.it, nota di L. PRUDENZANO, *Riflessioni a margine di una recente estensione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, co. 1, c.p. ai conviventi more uxorio*; cfr. altresì A. VECCE, *L'applicabilità della causa di non punibilità, di cui all'art. 384, co. 1, c.p., al convivente more uxorio. Problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Arch.pen.*, rivista on-line, 2016.

39. Corte cost., 5 novembre 2015, n. 223, in www.penalecontemporaneo.it, nota G. LEO; v. poi P. PITTARO, *Reati contro il matrimonio: anacronistica la previsione di non punibilità per fatti commessi a danno dei congiunti*, in *Fam.dir.*, 2016, p. 232 ss.

40. Sulla funzione del requisito del “pubblico scandalo” nell'economia della fattispecie di incesto da ultimo, e per tutti, G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016, p. 14 ss., p. 22.

41. ART. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1932, p. 590 ss.

dell'aggravante comune del fatto commesso con abuso "di relazioni domestiche [...] o di coabitazione» (art.61 n.11 c.p.). Si consideri poi, ancora una volta, il reato di maltrattamenti in famiglia di cui all'art.572 c.p. (riferito anch'esso a una nozione lata e aperta di "famiglia"), concepito, in origine, sul presupposto della "indissolubilità" del rapporto – che espone la vittima in modo perdurante e altrimenti irrimediabile alle vessazioni⁴² - ma che in virtù di qualche leggero *maquillage*, interpretativo prima, normativo poi, si è reso perfettamente adeguato alla nuova visione personalistica, sino a divenire di essa paradigmatico. Nella fattispecie di abbandono di persone minori e incapaci (art. 591 c.p.) si fa riferimento, genericamente, a un rapporto di cura e custodia che potrebbe persino derivare da contratto; sembrano dunque potervi rientrare, agevolmente, forme di mera convivenza *more uxorio*. Ancora: la disposizione sulla violazione degli obblighi di prestare mezzi di sussistenza (art. 570, 2° co., c.p.), per come formulata, si è duttilmente prestata a fungere da norma sanzionatoria di offese ai danni di un soggetto debole in caso di crisi familiare, in particolare di quella derivante dalla mancata prestazione dell'assegno in caso di separazione⁴³.

3.3. La parziale preferibilità, rispetto ai principi, del modello "istituzionale".

Infine, il modello che si tende a considerare più "antiquato" sul piano storico e ideologico ha in realtà dimostrato una notevole capacità di sopravvivenza per il fatto, addirittura, di offrire migliori *performances* rispetto a taluni principi costituzionali. In specie, meglio corrisponde a esigenze di *certezza e determinatezza*. Non appena la norma penale si apre ad accogliere, elasticamente, "comunioni degli affetti" quali che siano, essa si fa inevitabilmente imprecisa, ponendosi in frizione con l'art.25 Cost. Se è ben chiaro, per intendersi, chi debba e chi invece non possa intendersi per "coniuge", quale è l'estensione, invece, del lemma "convivenza", utilizzato nel descrivere i maltrattamenti⁴⁴ (e che pone, tra le altre, la questione della tipicità ai sensi dell'art.572 c.p. del *mobbing*

42. Cfr. F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Enc.dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 235. Cfr. anche le considerazioni di A.M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, p. 191 ss.

43. L'art.3 l.54/2006, in tema di "affidamento condiviso" dei minori in caso di separazione, ha stabilito che «in caso di violazione degli obblighi di natura economica [rispetto dunque ai figli in caso di separazione] si applica l'articolo 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898» (cioè la norma sanzionatoria dell'omessa prestazione dell'assegno divorzile). Cass., sez.VI, n.36263 del 22.9.2011, in *Ced* 250879, ha stabilito che «in tema di reati contro la famiglia, la violazione degli obblighi di natura economica posti a carico del genitore separato, cui si applica la disposizione dell'art. 12-sexies legge 1° dicembre 1970, n. 898, stante il richiamo operato dalla previsione di cui all'art. 3 legge 8 febbraio 2006, n. 54 (recante disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli), riguarda unicamente l'inadempimento dell'obbligo di mantenimento in favore dei figli (minorenni e maggiorenni), dovendosi escludere invece l'inadempimento di analogo obbligo posto nei confronti del coniuge separato, cui è [ancora] applicabile la tutela già predisposta dall'art. 570 cod. pen.».

44. Sul punto v. ad es. A. ROJATI, *Sul ruolo da attribuire al requisito della convivenza nella fattispecie dei maltrattamenti in famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1392 ss.

sul luogo di lavoro⁴⁵), o di una aggravante come quella di “relazione affettiva”, inserita nella norma in materia di “atti persecutori”⁴⁶?

La stessa esigenza di determinatezza può premere anche in funzione esimente, ad es. quando si tratti di definire lo spazio applicativo di cause scusanti o di non punibilità come quelle, già considerate, di cui agli artt. 384 o 649 c.p. (d'altronde, tracciare i confini di una esimente significa, al tempo stesso, tracciare il confine della fattispecie incriminatrice che l'esimente va a limitare).

3.4. La convivenza dei modelli nelle pronunce delle Corti.

Proprio a proposito delle cause esimenti merita richiamare alcune affermazioni all'apparenza “conservatrici” della Corte costituzionale, certo non sempre condivisibili, ma che costituiscono il chiaro sintomo di una perdurante convivenza, e avvenuta compenetrazione, tra paradigmi di primo acchito distanti, se vogliamo anche sul piano della *cultura giuridica*.

Chiamata a giudicare della mancata estensione alla convivenza di fatto dell'esimente di cui all'art. 384 c.p., la Corte, in particolare con le sentenze n.8 del 11/1/1996 e 140 del 11/3/2009, ha asserito la netta diversità della convivenza di fatto, fondata sulla *affectio* quotidiana, rispetto a un rapporto coniugale caratterizzato dalla stabilità, dalla certezza e dalla reciprocità e corresponsività di diritti e doveri che nascono soltanto dal matrimonio. Si postula una differente valutazione costituzionale - la convivenza di fatto assume rilievo ai sensi dell'art.2, il rapporto coniugale ai sensi dell'art.29 Cost. - e si afferma che è persino nell'interesse della famiglia di fatto non essere “equiparata” a quella fondata sul matrimonio, poiché in tal modo si frustrerebbe la libera scelta dei conviventi di non sottoporsi ai vincoli stringenti di un coniugio formalizzato (prospettiva, in un certo, senso “liberale”). Sul piano più strettamente penale, si qualifica quella dell'art.384 c.p. come “causa di non punibilità” e se ne riafferma la strumentalità rispetto a famiglia istituzione: «per la famiglia legittima non esiste soltanto un'esigenza di tutela delle relazioni affettive

45. Cass., Sez.VI, n. 24057 del 11/04/2014, in *Ced* 260066: il delitto di maltrattamenti previsto dall'art. 572 cod. pen. può trovare applicazione nei rapporti di tipo lavorativo a condizione che sussista il presupposto della parafamiliarità, intesa come sottoposizione di una persona all'autorità di altra in un contesto di prossimità permanente, di abitudini di vita proprie e comuni alle comunità familiari, nonché di affidamento, fiducia e soggezione del sottoposto rispetto all'azione di chi ha la posizione di supremazia. Così anche, successivamente, Cassazione Penale, Sez. VI, 4 novembre 2015 (ud. 15 settembre 2015), n. 44589, e Cassazione Penale, Sez. VI, 10 novembre 2015 (ud. 29 settembre 2015), n. 45077, entrambe in *Dir. pen. proc.*, 2016, nota E. ARRIGO, *Punibilità del mobbing: luci ed ombre del criterio della “parafamiliarità”*.

46. G. DE SIMONE, *Il delitto di atti persecutori*, Roma, 2013, p. 163 e ss.; E. LO MONTE, *Il commiato dalla legalità: dall'anarchia legislativa al “piroettismo” giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013/4, p. 227; F. MACRÌ, *Atti persecutori (art. 612 bis)*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, IX, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Torino, 2011, p. 373; A. VALSECCHI, *Il delitto di “Atti persecutori” (il cd. stalking)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1403 ss.; A. ROIATI, *Lo statuto penale del coninge separato*, cit., p. 1461 ss.; cfr. altresì, sulla scorta di una riflessione peculiare, A. SERENI, *Maltrattamenti e atti persecutori nel diritto penale del XXI secolo*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, spec. p. 588 ss.

individuale e dei rapporti di solidarietà personali. A questa esigenza (per la famiglia legittima) può sommarsi quella di tutela dell'istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità, un bene che i coniugi ricercano attraverso il matrimonio, mentre i conviventi affidano al solo loro impegno bilaterale quotidiano. Posto che la posizione del convivente meriti riconoscimento, essa non necessariamente deve comunque coincidere con quella del coniuge dal punto di vista della protezione dei vincoli affettivi e solidaristici. Ciò legittimo, nel settore dell'ordinamento penale che qui interessa, soluzioni legislative differenziate». Varie le critiche che si possono avanzare a fronte d'una simile impostazione⁴⁷, di cui si intravedono segnali di superamento anche in giurisprudenza (v. *infra*, par.5): in primo luogo la famiglia fondata sul matrimonio non è più "indissolubile", sicché il requisito della "stabilità" appare sopravvalutato nella sua funzione distintiva. Inoltre, la *ratio* dell'esimente in questione è semmai correlata ad una logica scusante, a situazioni di "inesigibilità" della condotta conforme alla legge penale per la pressione "emotiva" di relazioni "affettive", che poco hanno a che fare con la salvaguardia di una dimensione "istituzionale" della famiglia, e molto, invece, con la portata sostanziale di una "comunione degli affetti"⁴⁸. Validò tuttavia, perché costituzionalmente compatibile, è il richiamo a un'esigenza di sopravvivenza di quella dimensione istituzionale, e sensata, trattandosi di norma penale, è altresì l'evocazione, sia pure indiretta, di un'esigenza di certezza.

Analoghe considerazioni sono sollecitate da alcuni orientamenti della Consulta sull'art.649 c.p.⁴⁹. Proponendo, quella norma, una strategia di protezione della "struttura" familiare dal diritto penale, anche a discapito del singolo componente, sarebbe poco

47. Per tutti R. BARTOLI, op. cit., p. 692 ss.; M. BERTOLINO, op. cit., p. 578 ss.; A. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 90 ss.; M. RIVERDITI, op. cit., p. 573 ss.

48. V. però A. SPENA, *Sul fondamento*, op. loc. cit.

49. V. in particolare sent. 352/2000: «non è fondata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice penale, nella parte in cui non stabilisce la non punibilità dei reati previsti dal titolo XIII del libro II dello stesso codice commessi in danno del convivente 'more uxorio'. Non è infatti irragionevole od arbitrario che - particolarmente nella disciplina di cause di non punibilità, quale quella in esame, basate sul "bilanciamento" tra contrapposti interessi (quello alla repressione degli illeciti penali e quello del valore dell'unità della famiglia, che potrebbe essere pregiudicato dalla repressione) - il legislatore adotti soluzioni diversificate per la famiglia fondata sul matrimonio, contemplata nell'art. 29 della Costituzione, e per la convivenza 'more uxorio': venendo in rilievo, con riferimento alla prima, a differenza che rispetto alla seconda, non soltanto esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, ma anche quella della protezione dell'"istituzione familiare", basata sulla stabilità dei rapporti, di fronte alla quale soltanto si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente. Né rileva in contrario la (peraltro non totale) parificazione del convivente al coniuge riguardo alla facoltà di astensione dalla testimonianza, operata dall'art. 199 cod. proc. pen., non potendosi far discendere dalla norma così invocata dal giudice 'a quo' come termine di raffronto un principio di assimilazione dotato di 'vis' espansiva fuori del caso considerato». Cfr. V.M. RIVERDITI, op. cit., p. 575 ss.; nonché, da ultimo, in rappresentanza di un orientamento univoco, Cass. pen., sez.V, 8 luglio 2016, n. 28638, in *Ced Cass.* 267367. V. però *infra*, par. 5.

opportuno estenderne la portata sino a ricomprendere una convivenza di mero fatto, fondata *soltanto* su un legame affettivo finché praticato, che verrebbe *ipso facto* meno quando sia stato commesso un reato da un familiare ai danni dell'altro. Anche questa motivazione appare criticabile, se non altro per tale ardua presunzione di un "automatico" venir meno della "comunione degli affetti" per il solo fatto della commissione di un reato, e perché la logica dell'art.649 c.p. risiede nel favorire una riconciliazione spontanea al riparo dall'intervento penale, che ben si può compiere anche rispetto alle "famiglie di fatto". Nondimeno, in questa sentenza sembra pesare nuovamente quella istanza di certezza che è tutt'altro che insignificante, trattandosi pur sempre di delimitare l'ambito di una responsabilità penale, così come una tendenza a ribadire una differenza tra rilievo penale delle famiglie, che tenga conto della loro dimensione formale e istituzionale.

Su questi aspetti qualche suggestione proviene, altresì, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁰. Dovendosi pronunciare in tema di esenzione dall'obbligo di testimoniare (tema strettamente correlato con il 384 c.p.: vedi il nostro 119 c.p.p.), i giudici di Strasburgo hanno sostanzialmente affermato che il diritto di astensione costituisce un'eccezione al generale dovere di testimoniare. Ne deducono che tale diritto possa essere limitato e soggetto a condizioni e formalità, allo scopo di individuare chiaramente le categorie dei beneficiari dell'esenzione, confinando la stessa a legami che siano *verificabili oggettivamente*. Pertanto, l'esclusione delle "coppie di fatto" può considerarsi convenzionalmente compatibile. Queste ultime, infatti, non devono necessariamente godere di un trattamento giuridico identico a quello di una coppia sposata (o registrata), dalla quale si differenziano proprio per l'assenza di formalità. Nel caso di specie, risultava che la ricorrente avrebbe potuto formalizzare il proprio rapporto con il *partner*. Avendo scelto di non farlo, *imputet sibi* le conseguenze.

Una ancora più netta predilezione per il paradigma "istituzionale" e formalizzato di famiglia emerge dalla nota e controversa sentenza della Corte costituzionale in materia di incesto (art. 564 c.p.), n.518 del 21 novembre 2000⁵¹.

Dovendo giudicare dell'integrazione di un simile reato in un caso di incesto tra suocero e nuora, il G.I.P. presso il Tribunale di Salerno sollevava questione di legittimità costituzionale della disposizione incriminatrice per contrasto con gli artt. 2, 3, co. 1, 13, co. 1, e 27, co. 3, Cost.. Dopo aver colto nel valore della fedeltà coniugale, come esteriormente percepito secondo una data "etica" della famiglia, l'unico bene plausibilmente tutelato dalla disposizione (non entrando in gioco, quando si tratti di affini, l'esigenza anche sanitaria di evitare relazioni sessuali tra consanguinei, né potendosi ritenere salvaguardata l'unità o integrità della famiglia in sé considerata, essendo la punibilità subordinata al

50. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 3 aprile 2012, Van der Heijden c. Olanda, in www.penalecontemporaneo.it, nota M. PELAZZA-

51. In *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1590.

verificarsi di un “pubblico scandalo”), il giudice rimettente lamentava il carattere sproporzionato e irragionevole di quell'intervento penale. La fedeltà coniugale non costituisce, infatti, un valore fondamentale nel nostro ordinamento, penalmente tutelabile – come dimostrato dalle già citate pronunce della Corte in materia di adulterio e concubinato – né l'applicazione di una sanzione limitativa della libertà personale può trovare giustificazione nell'esigenza di corrispondere a un sentimento di riprovevolezza etica riguardo a un particolare impiego della propria sessualità. A ciò ostano il principio di laicità e offensività, e d'altronde una *ratio puniendi* del genere difficilmente sarebbe conciliabile con la legalizzazione di fattispecie come il divorzio, l'aborto, la transessualità. In definitiva, «la punizione dell'incesto tra affini risulterebbe [...] rispondente a una concezione che ha riguardo all'“apparire” della famiglia, vista come cellula etica e autoritaria in seno a una società che tuttavia non risponde più nel suo complesso a questa impostazione»⁵².

La Corte costituzionale ha ritenuto la questione non fondata. In primo luogo ha escluso che in generale – non solo con riguardo ad un rapporto di affinità – la norma incriminatrice miri a prevenire una inopportuna *commixtio sanguinis* per gli effetti che potrebbe avere sulla prole: l'idoneità a procreare o la procreazione non costituiscono, infatti, elemento della fattispecie. Si tratterebbe, piuttosto, d'un reato concepito per “proteggere la famiglia” dalla perturbazione arrecata da rapporti sessuali tra familiari diversi dai coniugi, trasgressivi di «un *ethos* le cui radici si perdono lontano nel tempo» (e non monopolio di specifiche impostazioni etiche o religiose, sicché poco rilevarebbe il principio di laicità). Il legislatore, insomma, sarebbe abilitato ad inverare anche mediante la minaccia penale un'etica ritenuta “obiettiva” e strutturale di una certa compagine sociale-nazionale, definendo i confini dei rapporti familiari “tipici” ai fini dell'applicazione della norma incriminatrice, con il solo limite della “manifesta arbitrarietà” delle scelte compiute. La condizione di punibilità (se tale è) del “pubblico scandalo”, d'altronde, risentirebbe di un bilanciamento non irragionevole tra le ragioni della repressione penale e l'esigenza di salvaguardare la dimensione intima degli equilibri domestici (esigenza che verrebbe meno, appunto, in caso di pubblico scandalo).

La risposta fornita dalla Corte è per più ragioni censurabile⁵³, e in specie perché dà per dimostrato quel che avrebbe dovuto dimostrare (e, cioè, che sia meritevole di tutela penale un certo equilibrio etico della famiglia a fronte di certe possibili “perturbazioni”). Ma quel che qui interessa rilevare è come una sentenza del genere lasci trasparire la piena sopravvivenza, nei meandri del nostro ordinamento e nelle menti dei più alti giudici, persino della portata *eticizzante* del paradigma “istituzionale”.

52. Da ultimo, si osserva nell'ordinanza di rinvio che la norma denunciata contiene una ulteriore incongruenza: essa punisce il rapporto tra affini in linea retta, ma non quello tra zio e nipote, che pure sono legati da vincoli di sangue e che sono considerati, agli effetti della legge penale, “prossimi congiunti” (art. 307, co. 2, c.p.).

53. S. RIONDATO, op. cit., p. 48 ss.

4. Il “terzo modello” della “eugenetica familiare” e della tutela penale contro la famiglia.

Il confronto tra modelli e paradigmi familiari degenera in uno scontro deflagrante con l'avvento delle biotecnologie riproduttive, della procreazione medicalmente assistita⁵⁴. Questa novità tecnica – che è pure, per certi versi, rivoluzione antropologica – riesce in effetti a sovvertire equilibri tutto sommato raggiunti. Forse è più corretto dire che essa riattiva tensioni da sempre esistenti, ma in qualche modo smorzate da processi di adeguamento in via interpretativa e normativa di “vecchi” paradigmi ai nuovi (e viceversa), perché *estremizza quei paradigmi, rendendoli non più facilmente conciliabili*.

Da un lato, scindendo la fecondazione dalla sessualità, e differenziando potenzialmente l'origine delle varie componenti biologiche e sociali della procreazione – i gameti, l'embrione, la gestazione, l'acquisizione di un ruolo genitoriale – la procreazione medicalmente assistita induce il modello liberale a farsi tendenzialmente *libertario*. Offre, cioè, inedite possibilità ad ambizioni e combinazioni procreative sinora impedito dall'ostacolo biologico, assai meno “tranquillizzanti” (se non altro per mancanza di consuetudine) di quelle con cui comunque da tempo ci si confrontava. L'apertura libertaria e il dominio tecnico sulla procreazione generano (nei nostalgici dell'altro paradigma, ma anche in certo pensiero più laico) un panico morale anch'esso, per certi versi, nuovo, unitamente alla sensazione di perdere del tutto, e definitivamente, quel “governo” sulla istituzione familiare che sia pure sottotraccia s'era preservato, anche mediante il diritto penale della famiglia, nonostante la Costituzione. Per contingenze storico-politiche, quando si decide di legiferare su questi temi, agli inizi del XXI secolo, il Parlamento è ampiamente composto da forze politiche che su questi temi coltivano prospettive conservatrici.

La reazione, sul piano giuridico – almeno nel nostro Paese – è travolgente, e con fare estremistico si orienta in direzione eguale e contraria, con la nota legge 19 febbraio 2004, n.40. Un legislatore fautore di istanze pubblicistiche ed eticizzanti, insomma, prova a convertire ai propri scopi le biotecnologie (imponendo nette e draconiane prescrizioni), e in specie approfitta della loro capacità di “esteriorizzare” i processi di procreazione, mettendoli nelle mani di un soggetto terzo rispetto ai procreanti (il medico), per sperimentare forme mai osate prima di “governo politico” di un atto da sempre confinato in una sfera privatissima (addirittura all'interno di un corpo di donna), dunque sfuggente ad ogni controllo e indirizzo pubblico. Una deriva tanto estrema che comporta una metamorfosi

54. Quello che qui andremo a scrivere risente di riflessioni che già abbiamo avuto modo di elaborare in diversi scritti in tema di fecondazione assistita e diritto penale. Rinviamo una volta per tutte – perché il più recente ed aggiornato, e per la sua portata riassuntiva dei lavori che lo hanno preceduto – a *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, IX, p. 696 ss.; nonché a *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2013. Ivi anche ampi richiami a dottrina, giurisprudenza e legislazione, che qui non intendiamo ripetere, e che pure sono essenziali per districarsi nei meandri di un argomento tanto complesso.

qualitativa del paradigma pubblicistico ed eticizzante in un terzo modello, che potremmo persino definire di *eugenetica familiare*. Infatti, non si propone più una tutela penale *della famiglia* (tantomeno dell'individuo nella famiglia, né una tutela della famiglia dal diritto penale). Diversamente, si comincia a prospettare una tutela penale – o para-penale (diversi illeciti sono sanzionati in via amministrativa, ma in modo assai pesante) – *contro la famiglia* (o, meglio, contro certe tipologie di famiglia).

È il modello cui si ispira (si ispirava) primariamente la sequela di “illeciti di concepimento” previsti nella legge 40/2004: divieti per i single, divieto per le coppie omosessuali, divieti in ragione dell'età, divieto della fecondazione *post mortem*, divieto di fecondazione eterologa. Si sostiene frequentemente che simili illeciti sarebbero espressione, in realtà, di un paradigma “personalistico-costituzionale”; si racconta, cioè, che essi tenderebbero a tutelare “interessi dei singoli nella famiglia”, e in specie interessi dei figli. Sennonché, a prescindere dall'infondatezza scientifica di certe prognosi di dannosità per i figli di famiglie considerate “anomale”, la suggestione di questo argomento è quella tipica di un sofisma, facilmente smascherabile solo pensando come non si possano tutelare figli impedendo loro di nascere. Quel che si ottiene con quei divieti è, in realtà, e soltanto, *la prevenzione della formazione di certe tipologie di famiglia*, sgradite, “imbarazzanti” e “preoccupanti” rispetto ad un'etica assunta a parametro assoluto. Qualcosa cui il legislatore del '30 era ben lungi dal pervenire: e cui, forse, non sarebbe pervenuto, se pure gli si fosse presentata l'occasione, interessato com'era al dato anche numerico della “procreazione” in funzione del rafforzamento della “stirpe”.

La procreazione medicalmente assistita, si diceva, offre il destro a questo tipo di progetto perché mette l'atto riproduttivo nelle mani di un tecnico: il medico, il biologo. Su questo soggetto si può intervenire in termini dissuasivi, attraverso la minaccia di sanzioni, in modo da orientare la filiazione nel senso prediletto. Non si potrebbe invece intervenire con gli stessi mezzi, e con la stessa efficacia, sui genitori che per vie naturali perseguissero le medesime combinazioni familiari (innesti eterologhi in famiglie “tradizionali”, ad es., ben si possono ottenere anche mediante un più “classico” adulterio), vuoi per la scarsa efficacia persuasiva, ed effettività, di vincoli legali che pretendessero di incidere nell'intimità di un talamo, vuoi perché il principio liberale impedisce intromissioni statali nella sfera privata di una coppia. Colpire il medico è, invece, efficace, essendo egli sensibile alla sanzione, ed essendo i suoi atti esteriori, partecipati, certificati, verificabili e sanzionabili. Per altro verso offre l'illusione di una compatibilità con quel principio liberale: poiché il sanitario è esterno rispetto alla coppia, la relazione dei generanti con lui può asserirsi non strettamente “privata”.

Ulteriore mistificazione, dunque. Con questi interventi si proclama di voler contrastare il “governo della tecnica sulla procreazione”, ma in realtà si mira a un controllo “politico” sulla procreazione, ad una espropriazione delle scelte procreative, laddove la tecnica tenderebbe, semmai, a soddisfare libertà.

Che questa sia la *ratio* di simili interventi punitivi sembrano confermarlo le affermazioni di taluni autorevoli giuristi che, nel commentarli con toni adesivi, e pur offrendo argomenti comunque degni della massima considerazione, ne hanno in definitiva disvelato la dimensione eticizzante. Si è affermato, in specie, che quei divieti mirerebbero a salvaguardare non tanto “il figlio”, bensì la *dignità della procreazione* (che sarebbe un tutt’uno con la “naturalità” della procreazione)⁵⁵: così ammettendo, sostanzialmente, che lo scopo è quello di garantire il monopolio delle uniche filiazioni ritenute “degne”. Non meno significativa l’impostazione secondo la quale certe forme di famiglia sarebbero “meramente tollerate”, nonostante il loro intrinseco disvalore, finché si realizzino nel chiuso di rapporti privati, impermeabili all’intervento dello Stato laico; mentre quando la loro formazione si “esteriorizzi” in una relazione con soggetti estranei all’area della *privacy* familiare, tornerebbe ad essere consentito, ed anzi auspicabile, un intervento repressivo da parte dello Stato⁵⁶.

Ora, questo approccio non tiene adeguatamente conto di come, in realtà, quelle forme familiari non siano “fatti meramente tollerati”, bensì espressione di una libertà nell’ambito familiare e procreativo, tutelata – come si è già osservato – a livello costituzionale e dalla CEDU; non tiene conto, altresì, di come in realtà quella “esteriorizzazione” sia dovuta a un’esigenza di salvaguardare il proprio diritto alla salute (art. 32 Cost.). Una simile impostazione, dunque, lungi dal dotare gli illeciti di concepimento di una *ratio* accettabile, al contrario ne rivela ancor più la portata discriminatoria: il legislatore approfitta, per così dire, di un problema di salute che costringe la coppia a affidare ad un tecnico il proprio atto procreativo, per intervenire impedendo quello che non si può, e non si vuole, impedire in altri casi. Una disparità di trattamento tanto più costituzionalmente insostenibile, quanto più strutturata sulla particolare debolezza ed esposizione di soggetti deboli, che meriterebbero semmai un sostegno positivo da parte dello Stato (ai sensi dell’art.3, 2° co., c.p.), non già un contrasto mediante pena.

5. Azioni e reazioni. Verso una definitiva affermazione del paradigma liberale?

Questo movimento verso gli estremi ha prodotto una forte trazione, che parrebbero progressivamente risolversi, nonostante tutto, in una prevalenza del paradigma liberale, capace di guadagnare una nuova legittimazione giuridico-normativa prendendo faticosamente il posto di quello “eugenetico familiare”, che pure si era provato a imporre per legge.

Incidono su tale esito, in primo luogo, le attuali possibilità di comunicazione transnazionale e di spostamento geografico (fenomeno del “turismo procreativo”), facilitate anch’esse dalla tecnica, dalla circolazione di informazioni, dalla accessibilità di mezzi di

55. L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, p. 192 ss., p. 206.

56. F. MANTOVANI, *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 679.

trasporto, dai ridotti vincoli di frontiera. Anche nella sua inattitudine a intercettare questi (peraltro prevedibili) movimenti – per limiti fisiologici di applicazione nello spazio delle norme punitive - il nuovo paradigma ha dimostrato di peccare assai più di “ideologia” e astrattezza dalla realtà, che non quello proposto dal legislatore fascista. Persino un divieto penalmente sanzionato come quello di surrogazione di maternità (art.12, co.6, l.40/2004), che pure si potrebbe ritenere non privo di laica ragionevolezza, viene aggirato mediante dinamiche transfrontaliere. Si va all'estero, dove la surrogazione è lecita e disciplinata; si acquisisce là regolarmente uno *status* genitoriale formalizzato nell'atto di nascita; si presenta tale atto all'autorità consolare affinché lo trasmetta all'ufficiale di stato civile italiano per la trascrizione, e nel far tutto questo non si altera lo stato civile, né si dichiara il falso, essenzialmente perché quel che si attende, nel luogo dove la dichiarazione è rilasciata, è vero e conforme al diritto applicabile (anche in ragione di regole di diritto internazionale privato). Non si risponde neppure del reato di surrogazione di maternità, punibile fuori dal territorio italiano soltanto dietro richiesta del Ministro della Giustizia⁵⁷. Su pressione, poi, di alcune sentenze CEDU e di una interpretazione evolutiva del concetto di “ordine pubblico internazionale” – in ragione delle quali, quando ormai il figlio c'è, ogni scelta dell'ordinamento deve prediligere il suo supremo interesse - la trascrizione in Italia che formalizza la “famiglia” così come si è formata può essere lecita, se non doverosa; almeno quando sussista un qualche legame genetico col figlio, e la convivenza sia già in qualche modo consolidata⁵⁸.

57. Su queste vicende A. SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni* in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1546 ss., con ampia (e acuta) analisi normativa ed esaustivi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. A commento della recentissima Cass. pen., sez.VI, 11 – 10 – 2016 -17 novembre 2016 , n. 48696, e per un riepilogo critico delle questioni in materia, ci permettiamo di rinviare ad A. VALLINI, *Il figlio di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in corso di pubblicazione su *Dir.pen.proc.*, 2017.

58. Cfr. C. eur. dir. uomo 26 giugno 2014, Mennesson c. Francia, ricorso n. 65192/11; C. eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, Labassee c. Francia, ricorso n. 65941/11. Parzialmente differente il caso considerato in “Paradiso e Campanelli c. Italia” (ricorso n. 25358/12), incentrato su di una gestazione per conto altrui senza alcun contributo biologico dei richiedenti dichiarati già idonei all'adozione, realizzata (pare lecitamente) in Russia; il bambino aveva convissuto con gli aspiranti genitori per un periodo limitato, prima di essere loro sottratto ed affidato ai servizi sociali (C. eur. dir. uomo, 27 gennaio 2015, condanna l'Italia, ma di opposto avviso è la successiva decisione della Gran Camera, del 24 gennaio 2017). V. poi di recente Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, p. 3408, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, con la quale si conferma l'adottabilità di un bambino nato in Ucraina da surrogazione di maternità, sul presupposto che i committenti non potessero in alcun modo ritenersi suoi genitori e che egli, dunque, versasse in stato di abbandono. Anche in questo caso difettava ogni relazione biologica tra il nato e l'uomo e la donna italiani, sicché, oltretutto, la surrogazione si era compiuta in contrasto con la stessa disciplina ucraina (con conseguente falsità dell'atto di nascita). Sulla tematica, anche per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza che apertamente non ritiene la pratica della surrogazione contraria all'ordine pubblico internazionale (almeno a certe condizioni): A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 306 ss.; D. ROSANI, *The Best Interests of the Parents. La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2017, n.1, p. 109 ss.; M. RIZZUTI, *La maternità surrogata:*

Il paradigma liberale, laico e personalistico reagisce e tende a prevalere, poi, grazie a un contenzioso giudiziario serrato che approda spesso alla Corte costituzionale. A fronte di modelli ormai restii a ibridazioni e compromessi, la Corte ha dovuto finalmente prendere una posizione netta. Come era inevitabile, ha sancito a chiare lettere la prevalenza del modello che abbiamo definito “costituzionale”. Eloquente, in modo particolare, la sentenza che ha dichiarato incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa⁵⁹:

«la scelta [della] coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera».

Leggendo queste righe, così come l'ormai ampia giurisprudenza della Corte EDU che senza esitazioni afferma l'inerenza della procreazione, naturale o artificiale che sia, a quell'ambito di libertà salvaguardato dall'art.8 della Convenzione europea sui diritti umani⁶⁰, appaiono straordinariamente lungimiranti le parole con cui Giovanni Furgieue, già nei primi anni '90, evidenziava come la fecondazione assistita - fattispecie allora particolarmente disturbante e di arduo inquadramento - dovesse essere giuridicamente considerata alla pari d'ogni altro fenomeno riproduttivo umano (evitando invece equiparazioni improprie, quali quelle, ad esempio, con l'adozione); e dunque ricondotta ad uno spazio di libertà e privatezza, funzionale alla soddisfazione di un interesse personale (personalistico), autentico e meritevole di valorizzazione giuridica, come quello ad avere un figlio “carnalmente” proprio, e a formare una famiglia. La portata tecnica-artificiale del mezzo utilizzato di per sé non connota di disvalore quelle condotte, né rende la fecondazione

tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori, in *Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2015, n. 2, p. 89 ss.; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2015, p. 202 ss.; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *Rivista di BioDiritto*, 2015, 3, p. 7 ss.

59. Corte cost., 10 giugno 2014, n.162, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 825, nota A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*. Un riepilogo critico di questa e delle altre sentenze della Corte costituzionale aventi ad oggetto la l.40/2004 – e in specie la n.151 dell'8 maggio 2009; la n.96 del 5 giugno 2015, “sollecitata” dalla precedente condanna subita dall'Italia in C. eur. dir. uomo, sez. II, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia; la n.129 dell'11 novembre 2015; la n.84 del 13 aprile 2016 (v. anche C. eur. dir. uomo, Gran Camera, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia) - nel nostro *Procreazione medicalmente assistita*, cit, *passim*.

60. Un'utile sintesi della sua stessa giurisprudenza in C. eur. dir. uomo, sez. I, 1° aprile 2010, S.H. e altri c. Austria, ricorso n. 57813/00, § 58 ss.; v. poi C. eur. dir.uomo, sez. II, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia, cit.; più in generale C. CAMPIGLIO, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI e altri, II, Milano, 2011, p. 1498 ss.

artificiale qualcosa d'altro rispetto alla procreazione per via sessuale, salvo non voler dar credito a «quell'ambiguo mutevole verbalismo che da sempre è il diritto di natura»⁶¹.

Si può dunque chiosare: non tutto il male vien per nuocere. La prova di forza intentata da un legislatore quasi incapace di contenere un afflato conservatore dai sentori pre-costituzionali, sta imponendo alle Corti, e dunque al sistema giuridico nel complesso, di rompere gli indugi e uscire dalle ambiguità. Il modello liberale, personalista, solidale – la repubblica dei cittadini, in luogo della repubblica “delle famiglie” – alla cui definizione lo scienziato del diritto civile e di famiglia che qui onoriamo ha dedicato preziose energie, sta trovando, ci pare, progressiva consacrazione, almeno per quanto concerne il diritto punitivo; ed anche più in generale, come dimostra, tra le molte altre evidenze, la recente e “rivoluzionaria” legge in tema di “unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze” (l. 20 maggio 2016, n. 76), le cui implicazioni penalistiche sono ancora da sondare a fondo⁶². Segnali in tal senso sono anche i primi, controversi ma coraggiosi, tentativi della giurisprudenza di legittimità di estendere gli spazi applicativi di esimenti come quelle degli artt.384 e 649 c.p. anche a forme di famiglia di fatto, in aperto dissenso ai rigidi orientamenti sinora dominanti, di cui si è più sopra dato conto (par.3.4)⁶³.

Dopo tanto (ardito) peregrinare attraverso paradigmi familiari, tra inciampi, esitazioni ed accelerazioni, l'ordinamento penale vigente sta infine tornando alla casa dei padri: di Beccaria, di Carrara, nonché – aggiungiamo – di Franco Bricola. Sembra ormai acquisito, invero, che il diritto punitivo possa intervenire in ambito familiare in via soltanto sussidiaria, e unicamente ove consti un'effettiva offesa a un bene (costituzionale) significativo. Perché il reato non può confondersi col peccato, né può mettere la propria portata repressiva e simbolica al servizio di meri progetti dirigistici, o “ragioni di Stato”.

61. G. FURGIUELE, *La fecondazione artificiale: quali principi per il civilista?*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, t.1, *Diritto privato*, Milano, 1991, p. 301 ss., spec. p. 313.

62. Cfr. G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 gennaio 2017; A. MERLI, *Note introduttive al tema: “La rilevanza penalistica della convivenza more uxorio” (dopo la legge Cirinnà e il decreto legislativo di attuazione in materia penale)*, *ibidem*, 10 maggio 2017.

63. In rapporto all'art.384 c.p. v. di recente Cass. pen., sez. II, 4 agosto 2015, n. 34147, in www.penalecontemporaneo.it, nota L. PRUDENZANO, *Riflessioni a margine di una recente estensione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, co. 1 c.p., ai conviventi more uxorio*; in rapporto all'art.649 v. – a dire il vero piuttosto “isolata” – Cass., Sez. IV, 6 agosto 2009, n. 32190, in *Cass.pen.*, 2011, 1024, nota di S. BELTRANI, *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*.

CONTRATTI E OBBLIGAZIONI

IL PROBLEMA DELLA 'CAUSA' TRA DOGMI E REVISIONI

FRANCESCO ALCARO
Prof. ordinario Università di Firenze

SOMMARIO: 1. Il problema della causa del contratto tra orientamenti dottrinali e sviluppi giurisprudenziali: un rinnovato dibattito e le ragioni di una riconsiderazione. Molteplicità di profili e insidie nominalistiche. – 2. La riscoperta giurisprudenziale della 'causa concreta' e implicazioni interpretative; esigenza di criteri selettivi. – 3. Le letture anticausaliste: riferimenti alternativi all'oggetto e al contenuto del contratto: le indicazioni del diritto europeo. Causa 'in astratto' e tipo contrattuale. La identificazione della causa quale ragione specifica del contratto valutata dall'ordinamento giuridico. I rischi di una dilatata applicazione della causa (concreta). La visuale dei rimedi. – 4. Reinterpretazione del ruolo della causa. Superamento delle formule 'funzione individuale'/'funzione sociale'. – 5. La causa fra struttura e funzione del contratto: chiarimenti. La causa quale criterio ermeneutico del senso del contratto. – 6. Rilievi conclusivi: ruolo autonomo della causa e sua ineludibilità.

1. Il problema della causa del contratto tra orientamenti dottrinali e sviluppi giurisprudenziali: un rinnovato dibattito e le ragioni di una riconsiderazione. Molteplicità di profili e insidie nominalistiche.

Recenti, ampie applicazioni giurisprudenziali della 'causa' in chiave di recupero e di valorizzazione di profili di concreta funzionalità e di specifico significato nonché di assorbente valutazione delle finalità del contratto, possono suggerire alcune riflessioni – in un dibattito rinnovato – sui travagliati tentativi compiuti nel tempo e sfociati in importanti e ormai note proposte interpretative, di definire il ruolo della causa nel quadro dei requisiti del contratto e nel contesto del rapporto fra ordinamento privato – e dei privati - e sistema statale. E pur nella consapevolezza, oggi, di una discussione che spesso contesta l'utilità e la legittimità della figura, incerta nella sua stessa identificazione o addirittura sconosciuta e ignorata, ad esempio, nella formulazione dei principi di diritto contrattuale europeo¹.

Già il termine 'causa' pone, com'è noto, un problema semantico: è l'antecedente (necessario) del prodursi di un 'effetto' o la ratio e la giustificazione di esso?

Il tema è dunque assai complesso, ma è preliminare domandarsi in che modo siano state intese dagli interpreti alcune di tali proposte, prima di delineare indicazioni di prospettiva, in linea con le finalità del presente lavoro².

1. Cfr. artt. 1:102 2:102 3:103 PDEC; 2:101 PECL e artt. II-4:101 e II-4:102 DCFR.

2. Per un essenziale inquadramento della causa, cfr., fra tanti, M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 548 ss.; più di recente, cfr. A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV,

In particolare, muovendo dalla più classica impostazione della causa, la ‘funzione economico-sociale’³ del negozio è stata costantemente intesa come funzione da concepirsi in astratto e in via generale nel suo rinvio ai ‘tipi’ contrattuali (la compravendita, la locazione etc.), nel senso di prescindere da ogni riferimento alla vicenda concreta e specifica e quindi ai particolari interessi e intenti sottesi ad un determinato assetto come prefigurato dalle parti.

Nella contestazione di siffatto indirizzo si è giunti ad affermare, com’è noto, con formula antinomica, una funzione (della causa) economico-individuale⁴, dovendosi recuperare le specifiche finalità della concreta operazione negoziale considerata e ogni elemento individualizzante o atipico di essa.

L’evocazione della formula bettiana ha assunto il significato sostanzialmente del riferimento ad una funzione astratta e tipologica della causa, mentre l’adozione della formula ‘individualistica’ ha aperto all’indagine dello scopo particolare ed effettivo del contratto stipulato, venendosi per questa via anche a superare la sovrapposizione della ‘causa’ al ‘tipo’.

Una rappresentazione, invero diffusa, nei termini di una netta contrapposizione di tali orientamenti può, tuttavia, ove rimeditata attraverso le prospettazioni e le esplicitazioni dottrinali e giurisprudenziali susseguitesesi nel tempo, rivelarsi non del tutto giustificata o, almeno, eccedente e forse in parte frutto di un qualche fraintendimento. Viene infatti da osservare che l’accento posto, nella concezione bettiana, sulla ‘funzione economico-sociale’ non mirasse tanto a significare che gli obiettivi e la ragione del contratto debbano senz’altro avere rilievo extra o superindividuale in senso lato, intendendosi segnalare invece l’esigenza di un necessario raccordo di quegli obiettivi con i parametri della rilevanza sociale – ma non già in senso pubblicistico –, con la conseguenza che la funzione svolta da ogni contratto, pur nella sua peculiarità, dovrebbe comunque esprimersi nei termini di una riscontrabilità identitaria secondo criteri e standards propri del contesto di riferimento. E ciò, dunque, in quanto qualunque funzione concretamente e singolarmente

Roma 1988; R. SACCO, *Il contratto*, t. I, in Sacco e De Nova, *Tratt. Dir. civ.*, Torino 2004, p. 685 ss. e 780 ss.; id., voce *Causa* in *Dig. IV*, sez. civ., agg. Torino 2014; E. NAVARETTA, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino 2011, p. 573 ss.; Id., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano 2000, p. 184 ss.; Id., *La causa*, in *Diritto civile: Norme, questioni, concetti*, a cura di Amadio e Macario, I, Bologna 2014, p. 598 ss.; G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, in *Tratt. Dir. civ.* Cicu Messineo (MENGONI SCHLESINGER), Milano 2014, p. 161 ss., e 442 ss.; Id., *Le stagioni del contratto*, Bologna 2012, p. 50 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. Contratti*, diretto da Roppo, Milano 2006; anche per un’indagine di tipo storico, M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova 2015, p. 8 ss.; E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino 2014; D. ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2017, n. 1, p. 37 ss.

3. E. BETTI, *La teoria del negozio giuridico*, Torino 1943, rist., Napoli – Camerino, 1994, p. 167 ss.; Id., voce *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino 1957, p. 32 ss.

4. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966; Id., *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull’autonomia dei privati*, a cura di Angelici e Ferri, Torino 1997, p. 97 ss.; Id., *Equivochi e verità sul negozio giuridico e la causa del contratto*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 2008, p. 171 ss.

considerata e perseguita non potrebbe estranearsi o distaccarsi dall'apprezzabilità sociale quale ineludibile riferimento ordinamentale, ai fini della sua stessa riconoscibilità.

La programmazione (legittima) del soddisfacimento di specifici e individuali interessi non può perciò essere negata, dal punto di vista della causa, in quanto impropria o eccentrica, purché in essi siano percepibili quei connotati che consentano una valutazione condotta secondo l'ambito di riferimento, nel contesto sociale, pur nella variabilità dei parametri utilizzabili.

Prospettando un tale chiarimento, l'evocazione della funzione economico-sociale della causa, a prescindere dagli indubbi condizionamenti storico culturali del tempo, non implica, in modo assoluto, il perseguimento (necessario) di obiettivi e ragioni d'indole generale e superindividuale, con conseguente astrazione dagli interessi particolari 'in casu', ma solo l'esigenza che la valutazione causale, imperniata sull'analisi della singola concreta vicenda, possa compiersi alla stregua di valori e criteri presenti nel contesto sociale ed economico.

Un conto, dunque, sono le finalità pratiche individuali perseguite dai contraenti, un altro conto è il punto di vista dello Stato, sensibile all'esigenza della meritevolezza e della rilevanza sociale, nel senso della «necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela» (Relazione al Cod. Civ. n 613).

In questa plausibile direzione interpretativa, la distanza fra le due tesi diviene meno netta di quanto si sia generalmente inteso, posto che entrambe le concezioni non potrebbero disconoscere – pena la loro inefficienza –, per un verso, che la valutazione della causa non sarebbe feconda o utile se non riferita allo specifico assetto d'interessi prefigurato dal contratto e, per un altro verso, che la considerazione e l'apprezzamento di qualsivoglia interesse e finalità, dovendosi raccordare con l'ordinamento (Relazione al Cod. Civ. n. 603), non potrebbero affrancarsi da quei parametri di riconoscibilità che in esso operano e si conformano, pur nella relatività e mutevolezza dei profili ispiratori.

Incisivamente si è al riguardo rilevato che viene in evidenza il distinto piano su cui operano, da un lato, il fine intrinseco del contratto (che, in quanto, appunto, intrinseco non può che esprimerne la funzione individuale), dall'altro l'esigenza di una sua apprezzabilità sociale e, quindi, di una sua meritevolezza di tutela giuridica, che sono il risultato di un giudizio espresso nelle logiche del sistema dell'ordinamento giuridico dello Stato, necessariamente esterne al contratto⁵.

E conformemente si era già precisato che sarà «sempre necessario far capo alla volontà negoziale ed all'intento pratico che i soggetti si propongono di conseguire» (per poi procedere al controllo dell'ordinamento)⁶.

5. Cfr. G. B. FERRI, op. loc. cit.; cfr. anche F. MAIOLO, *La causa come significato del contratto. Assenza e illiceità della causa: considerazioni sulla dottrina di Emilio Betti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 569 ss.; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contratto e impresa* 2003, p. 100 ss.

6. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, p. 13 ss., ora in *Scritti*

Se la causa, dunque, nelle varie e discordi interpretazioni che ne sono state proposte, segnala l'esigenza di una 'giustificazione' o di una ragione dell'atto di autonomia, le componenti che concorrono a definirla non possono che rintracciarsi dialetticamente e desumersi dai due poli del sistema, dalla sfera di autonomia dei soggetti contraenti e dall'ordinamento nel quale la vicenda instaurata viene a collocarsi⁷: il 'sociale' e l' 'individuale' s'intrecciano e si compongono in un reciproco confronto avente, come esito atteso, l'approdo al riconoscimento o, comunque, alla definizione efficiente della funzione propria dell'atto posto in essere. Cosicché, - come si vedrà - l'assunzione della pretesa coincidenza, o equivalenza, fra funzione sociale e 'tipo' astrattamente apprezzato e, dall'altro lato, fra funzione individuale e ragione concreta dell'atto, non appare corrispondente ad una corretta rappresentazione della questione, o almeno esige alcuni chiarimenti.

Con ciò non s'intende negare l'incidenza e il rilievo di sensibilità diverse nell'apprezzamento della funzione causale, ma piuttosto ricondurre ad un piano di considerazione di maggiore affidabilità il ripensamento attuale, in particolare da parte della giurisprudenza della Cassazione, del problema della 'causa in concreto', perseguito nell'evidente tentativo di recuperare, in termini realistici, l'effettività della dimensione programmatica e funzionale degli interessi mediati dal contratto. Obiettivo questo certamente da apprezzarsi, però nel superamento dei fraintendimenti sopra prospettati e al riparo da interpretazioni assorbenti e ritenute esaustive del profilo della causa rispetto ad altre ed autonome ragioni di considerazione dell'efficienza dell'assetto contrattuale, evitando in tal modo derive 'causaliste'⁸, per cui tutto potrebbe essere ricondotto, in ultima analisi, alla causa, tanto che qualcuno addirittura la definisce nozione "dans le vent" (Mazeaud). Derive, invero, aventi la loro radice anche nel processo di dilatazione - come si vedrà - che ha investito la ricostruzione della causa che, da requisito del contratto, ne è divenuto l'asse centrale e la «sintesi degli interessi reali» da realizzare⁹.

Si potrebbe sul punto argomentare, integrando le formule sopra richiamate, che la causa non può che indicare sempre la ragione specifica del contratto, concretamente considerata, e la sua valutazione mira a riscontrare se quella ragione sia socialmente riconoscibile e rilevante: il raccordo, correttamente inteso, fra 'individuale' e 'sociale' sembra-

giuridici, Milano 2010, p. 234.

7. Più di recente M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 21 ss.; E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, cit.

8. Per tale denuncia, cfr. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.* 2013, n. 4, p. 957 ss; M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, p. 231 ss.

9. Esempiarmente cfr. Cass. 8/5/2006, n. 10490; cfr. anche Cass. S.U. 18/2/2010, n. 3947; Cass. S.U. 18/3/2010, n. 6538; Cass. 31/5/2013, n. 13861; Cass. 24/7/2007 n. 16315; Cass. 12/11/2009, n. 23941; Cass. 7/10/2008, n. 24769; Cass. S.U. 23/1/2013, n. 1521; Cass. 3/4/2013, n. 8100; Cass. 2/10/2014, n. 20811; Cass. 22/10/2014, n. 22343; Cass. 6/3/2015 n. 4628; Cass., S.U., 15/3/2016, n. 5068.

rebbe perciò ineludibile, riflesso – in altri termini – del legame tra ‘essere’ e ‘dover essere’, qui rappresentato dal modo di considerare la causa, per quello che essa effettivamente esprime, in un determinato e specifico assetto d’interessi, e, su un piano diverso, per la misura della sua corrispondenza a parametri di valore dell’ordinamento. Ma si tratta di rilevazioni da approfondire.

La celebre formula bettiana non può dunque postulare l’astrazione dalla concreta e particolare ragione del contratto, pena la sua insignificanza, ma pone essenzialmente i riferimenti della sua riconoscibilità sociale, secondo determinate direttrici, ai fini del favorevole vaglio e accoglimento in seno all’ordinamento. In tal senso, allora, il suo significato e anche il suo fraintendimento – cui sopra si faceva cenno – potrebbero dirsi ragionevolmente esplicitati¹⁰.

Se le indicazioni, ora sinteticamente prospettate, apparissero plausibili, si confermerebbe – se ve ne fosse bisogno – come molti problemi indagati dal pensiero giuridico esigono, come del resto in ogni ambito, una costante opera di approfondimento e di decantazione, anche nominalistica, per essere affrancati dagli adattamenti rappresentativi indotti dalla dialettica viva del tempo. Funzione economico-sociale o economico-individuale, causa oggettiva e causa soggettiva, causa in astratto e causa in concreto costituiscono, in definitiva, momenti utili alla ricostruzione complessiva della figura, ma da ricomporre quali segmenti di un discorso complessivo e in continuo aggiornamento.

Per altro verso, il recupero e la valutazione (abbastanza recenti) da parte della Corte di Cassazione della ‘causa concreta’ non possono condurre semplicisticamente alla sua dilatazione e all’ampliamento dell’ambito di applicazione e del raggio di operatività: ciò sembrerebbe, invece, considerando il richiamo che talvolta ne viene fatto, concepito in modo assorbente e omnicomprensivo, in presenza di anomalie o sopravvenienze interferenti nella vicenda contrattuale, pur aventi una propria identità, quali, ad esempio, un difetto di rappresentazione nella formazione dell’accordo, un’impossibilità sopravvenuta, un inadempimento, un deficit di ‘fattibilità giuridica’ di un concordato prefallimentare etc., rispetto ai quali si riterrebbe di registrare, sinteticamente, e in ogni caso, l’intervenuta frustrazione dello scopo del contratto e dunque della causa in concreto .

Ma è evidente che, così argomentando, tutto finirebbe con il confluire nel concetto di causa (concreta), in quanto ritenuta espressiva, in sintesi, dell’obiettivo finale dei contraenti, il cui mancato conseguimento emergerebbe in sé a prescindere dalle varie e diverse ragioni d’inefficienza o di alterazione del congegno contrattuale instaurato.

L’orientamento secondo cui la valutazione causale deve condursi non ‘in astratto’, ma nello specifico del particolare rapporto in esame, non può, d’altra parte, approdare all’impostazione indicata, in quanto l’analisi in concreto attiene essenzialmente all’inqua-

10. Ritiene non sempre bene interpretata la concezione bettiana della causa, M. BARCELLONA, op. cit., p. 88 ss.

drammento e al modo di apprezzamento del suo oggetto, senza sovrapposizioni o ‘invasioni’ di altre componenti incidenti sul procedimento di formazione e sull’attuazione del rapporto contrattuale.

Ma ritornando ancora al problema della qualificazione della causa, la insistita caratterizzazione che di essa, più di recente, è stata operata in giurisprudenza sulla scia della dottrina¹¹, in termini di necessaria concretezza, si giustifica piuttosto in senso dialettico rispetto alla concezione diffusa precedentemente, seppur – come si è cercato di dimostrare – con il carico di qualche fraintendimento, nel senso di segnalarne il superamento e la ‘rettifica’, ma non appare in sé ormai – ad una riflessione più matura – particolarmente significativa e pregnante.

La causa, ove se ne predichi l’utilità¹², infatti, non può che rimandare ad un determinato e specifico contesto e ad un individuato assetto d’interessi, quindi ad un’operazione economica della quale si miri ad indagare la ragione, anche in chiave dinamica, comunque questa s’intenda poi ricostruire da un punto di vista sistematico.

Se dunque la ricerca della causa non è finalizzata ad operare la ricognizione e la catalogazione degli astratti tipi e modelli contrattuali conosciuti dal sistema, né, come ormai è acquisito, il requisito posto dall’art. 1325 c.c. riguarda solo i contratti atipici – ciò che renderebbe inspiegabile, fra l’altro, la norma stessa riferita al ‘contratto’ in generale e quindi a tutti i contratti senza distinzione – allora l’idea stessa di ‘causa’ postula che essa rinvii allo specifico congegno contrattuale predisposto in concreto. La contrapposizione perciò fra causa astratta e causa concreta, che si considera parte della problematica in oggetto, non esprime in realtà una impostazione alternativa o una ragionevole diversa opzione, posto che, per quanto sopra argomentato, il procedimento valutativo, muovendo dal caso concreto, ricerca il raccordo con i parametri di ‘socialità’ presenti dinamicamente nell’ordinamento – in tutte le sue articolazioni – ai fini della congruità, riconoscibilità e rilevanza di quello specifico assetto d’interessi.

Ma se tale acquisizione oggi non appare dubitabile, non ne discende che la eventuale alterazione o inefficienza di alcune delle componenti del contratto rilevi, in ultima istanza, essenzialmente a livello della causa. Conclusione questa fuorviante ed anche eversiva della disciplina e soprattutto negatrice della diversità dei rimedi utilizzabili, in modo graduato, per le varie anomalie che un contratto può presentare: il profilo rimediabile non è certo un dato indifferente.

Allo stato, la riscoperta – con applicazioni in vari settori, fra cui, esemplificando, nell’attualità, quello dei contratti ‘derivati’, dei contratti con finalità turistica, degli accordi

11. G. B. FERRI, *opp. locc. cit.*; C. M. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, 3, Milano, 2000, p. 447 ss.; Id., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. cin.* 2014, n. 2, p. 251 ss.; già Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 258 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, p. 162.

12. Cfr. per una incisiva rappresentazione del ‘destino’ della causa, U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 241 ss.

parafallimentari, delle operazioni di rilievo fiscale, della donazione di cosa altrui, etc. – della esigenza di vagliare i contratti nella loro singolarità e specificità non può tradursi in una soverchiante evocazione della ‘causa’, ciò che sarebbe fonte di confusione e d’incertezza dell’analisi e dell’interpretazione degli atti giuridici, con conseguenti gravi ricadute applicative¹³. Ed altresì, ad una matura riflessione, le ragioni dialettiche di predicare il carattere astratto o concreto della causa tendono a non essere più attuali, appartenendo ad una fase della complessa indagine sulla causa nell’ambito di determinate impostazioni dogmatiche. Il ‘percorso’ della causa nel sistema deve perciò opportunamente essere riconsiderato.¹⁴

2. La riscoperta giurisprudenziale della “causa concreta” e implicazioni interpretative; esigenza di criteri selettivi.

La causa, malgrado segnali contraddittori, conserva certo, ancora, una sua rilevante carica evocativa e sembrerebbe costituire in talune rappresentazioni – come è stato rilevato¹⁵ – una “clausola generale” di duttile e multiforme applicazione da parte della giurisprudenza. Ovviamente, con ogni insidia e incertezza connessa a tale configurazione.

Insistendo sul carattere di concretezza e oggettività della causa, si è esteso il suo ruolo, da requisito genetico e strutturale del contratto, ad elemento di significato funzionale volto a presidiare l’attuazione del rapporto contrattuale. La causa non sarebbe allora una “componente” del regolamento contrattuale, ma la ragione oggettiva complessiva della vita del contratto.

In questa direzione si è venuta dunque a configurare la causa quale fondamento dell’intera operazione negoziale e quindi della sua complessiva dinamica, con la conseguenza che ogni anomalia o lacuna, non solo originarie, ma anche sopravvenute, sarebbero riconducibili alla “causa”. Sennonché, seguendo tale itinerario, occorrerebbe operare almeno una distinzione: rilevarsi la superfluità del richiamo della causa per quelle ipotesi che trovano il loro rimedio nella risoluzione – per quell’insieme di eventi incidenti sul rapporto – rispetto a quei casi nei quali ciò che viene ad emergere è la carenza o illiceità della giustificazione del contratto: ipotesi che prevedono la nullità del contratto. Laddove la riconduzione di un inadempimento – in quanto incidente sulla funzione o sullo scopo

13. Per una disamina delle applicazioni della causa concreta da parte della giurisprudenza, cfr., fra gli altri, U. BRECCIA, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Utet, Milano, 2011, specialmente p. 239 ss.; cfr. anche per un’analisi critica delle impostazioni giurisprudenziali, M. MARTINO, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo idolum fori*, in *Corriere giuridico*, 2013, n. 11, p. 1441 ss.; L. BALESTRA, con riguardo al richiamo della causa in concreto nell’ambito della procedura concordatoria, *ivi*, 2013, n. 3, p. 383 ss.; E. FERRANTE, *Causa concreta e impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p. 151 ss.; S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della causa concreta e la cosiddetta interpretazione abusiva del contratto: notarelle critiche su regole e principi*, in *Contratti*, 2016, p. 604 ss.

14. Cfr. ora, in tal senso, E. LA ROSA, *op. cit.*

15. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, *passim*.

del contratto – alla causa, per segnalare la sua rilevanza risolutiva, può costituire una lettura utile in funzione interpretativa, elevando la causa a criterio ermeneutico.

Si afferma spesso anche che la *causa* viene ad identificarsi con lo *scopo* del contratto, indicando quindi quale sia l'interesse essenziale del contratto. Ma anche tale equivalenza, pur nella sua apparente plausibilità, per come posta, prova troppo o può dar luogo a taluni equivoci.

In senso critico, si è rilevato che il contenuto, o l'oggetto¹⁶, hanno già una loro autonomia e significanza ai fini dell'individuazione degli interessi delle parti: non sono elementi opachi o neutri da chiarire in base alla causa (che spiegherebbe tutto e ogni elemento!). Questa, in realtà, non si sovrappone direttamente allo scopo o all'insieme delle determinazioni delle parti, essendo ciò ben desumibile dal 'contenuto': la causa, se può invocarsi quale criterio ermeneutico e qualificativo della funzione dell'atto, non rappresenta, quindi, autonomamente, lo scopo avuto di mira dalle parti. Essa esprime infatti una valutazione ulteriore di tipo oggettivo della ratio dell'atto che diviene poi la base dello scrutinio ordinamentale.

Non basta d'altra parte evocare la 'concretezza' della causa, pur correttamente, per assimilarla sostanzialmente agli obiettivi, al contenuto, agli interessi etc. del contratto i quali conservano appunto una loro autonomia e un distinto ruolo.

Si rischia così, quanto meno, di porre il problema in termini nominalistici e di ambiguità linguistica: conseguendone la riproposizione della domanda cosa sia allora la causa, oggetto di tante 'precomprensioni'.

La causa non può, in sostanza, finire per essere un 'passepartout', uno strumento assorbente di 'senso' di ogni componente del contratto, destinato a sovrapporsi ad ogni altro 'requisito' dello stesso!

Il passaggio 'causalista' di ogni argomentazione e valutazione relativa al contratto, allora, non può risolversi nell'assegnare alla 'sintesi' che con esso si compie, la funzione di 'lettura' delle varie difformità prospettabili, quasi esonerando l'interprete dal ricercare profili e rimedi specifici per ogni particolare situazione, specialmente, ad esempio, quando si operi sul versante risarcitorio dei danni (cfr., ad es., Cass. S.U., 11 nov. 2008, n. 26972/26975, sul risarcimento dei danni non patrimoniali).

Ed ecco allora che si materializzano espansivismo e dilatazione della causa, tali da indebolirne la funzione e l'utilità stessa, con il rischio della insignificanza e della evanescenza del suo ruolo. Ma allora in che modo potrebbe servire la causa se intesa quale 'clausola generale'? Venendosi forse a configurare quale "sintesi verbale" degli strumenti e criteri di controllo dell'autonomia contrattuale, in chiave, esemplificando, di giustizia del contratto, di congruità dello scambio, di tutela del contraente debole, etc. Profili peraltro

16. M. GIROLAMI, op. cit., p. 72 ss., e 209 ss.

quest'ultimi che – nella loro genericità - piuttosto aggraverebbero il ruolo della causa, investendola di ulteriori variabili e non sempre ponderabili significati.

Tracciare i confini di tale assorbente e multiforme congegno è opera dunque che diviene necessaria benché ardua, contro il rischio di un'evocazione ermeneuticamente insidiosa: ma l'individuazione di una qualche più precisa identità, che consenta un'applicazione coerente, efficiente e selettiva da parte della giurisprudenza, è necessaria.

Non sempre infatti – come già rilevato – l'uso che fa la Cassazione della 'causa in concreto' sembra corrispondere all'esigenza rappresentata, risultando piuttosto indotto da un certo diffuso pragmatismo, al di là di quegli adattamenti particolari che sempre (necessariamente) caratterizzano l'intervento giurisprudenziale: pragmatismo adottato talvolta – anche con carattere di sussidiarietà – per risolvere in termini di equità o di efficienza e concretezza della soluzione una determinata, sfasata vicenda contrattuale. E ciò sul presupposto che la 'causa', intesa nel significato di sintesi e soluzione degli interessi, potrebbe soccorrere per risolvere ambiguità o anomalie dell'assetto prefigurato dai contraenti¹⁷.

3. Le letture anticausaliste: riferimenti alternativi all'oggetto e al contenuto del contratto: le indicazioni del diritto europeo. Causa "in astratto" e tipo contrattuale. La identificazione della causa quale ragione specifica del contratto valutata dall'ordinamento giuridico. I rischi di una dilatata applicazione della causa (concreta). La visuale dei rimedi.

Al riguardo, come anticipato, si è opposta, pur in termini di ragionevolezza e in una diversa prospettiva, la congruenza e l'utilità del riferimento piuttosto che alla causa all'*oggetto* o al *contenuto* del contratto, in quanto rappresentativi degli interessi delle parti e del regolamento negoziale complessivo e quindi tali da consentire una più diretta e adeguata diagnosi della situazione considerata, senza quella componente sovrastrutturale ed ambigua che solitamente accompagna il richiamo della causa¹⁸.

Per questa via si potrebbero interpretare la sostanza degli interessi e la trama dei diritti e degli obblighi superando gli schemi dogmatici e le ipoteche definitorie proprie dell'idea di 'causa', la quale, del resto, se declinata nel senso – invero quello solo concepibile – del suo specifico apprezzamento in relazione ad un determinato contesto, sembrerebbe accostarsi al 'contenuto' di esso, nella sua complessiva accezione d'insieme degli interessi e delle determinazioni delle parti.

In tale direzione è, com'è noto, orientato l'ordinamento tedesco, che, certo, non disconosce l'esigenza di una selezione, discriminazione e giustificazione degli atti giuridici in ragione dello scopo (*Zweck*) o del fondamento (*Grund*)¹⁹, ma affidandosi ad indici e

17. Cfr. *supra*, nota 9.

18. M. GIROLAMI, op. cit., p. 209 ss.

19. Cfr. E. NAVARRETTA, *Europa cum causa*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà*

parametri desunti direttamente dal regolamento contrattuale, senza la mediazione – si potrebbe dire – di indici o ottiche sovraordinati e in senso lato ideologici e comunque incerti nella loro significanza, almeno applicativa. Talvolta, poi, la causa è oggetto di un vero ripudio, in quanto considerata una ‘zavorra storica’²⁰.

In tale direzione, vi è da registrare che la recente Riforma francese del diritto dei contratti e delle obbligazioni (del 2016) ha soppresso il riferimento testuale al requisito della causa (ex art. 1108 code civil), ma non sembra però superata la funzione e l’esigenza valutativa che ne sono a fondamento: ciò argomentando da altre disposizioni normative introdotte (artt. 1162, 1169, 1170, 1128)²¹.

E, come già sopra rilevato, nei progetti di diritto contrattuale europeo si prescinde dalla causa, almeno, in termini di ‘requisito’, parlandosi di ‘accordo sufficiente’ ai fini della configurazione del contratto²².

La ricognizione dei dati non approda dunque ad esiti sicuri, anche in ragione delle non corrispondenze semantiche nei riferimenti alla causa²³.

Credo che quelle prospettazioni – al di là della loro accoglibilità – meritino tuttavia di essere considerate e non solo e non tanto per la soluzione adombrata – la rilevanza diretta del ‘contenuto’ (o dell’oggetto) in luogo della causa – ma per il messaggio che ne deriva, nel senso di un ragionevole ridimensionamento o di un ripensamento dell’uso della causa, permanendo le ambiguità ricostruttive e definitorie che ha fin qui suscitato, o almeno di un’applicazione controllata, misurata e non invasiva, sorretta da precisi presupposti e criteri. Ciò - è peraltro opportuno ribadirlo - nel riconoscimento di quella esigenza di selezione degli atti di autonomia privata, intrinseca al loro corretto e fisiologico funzionamento.

In tal senso, posta l’istanza valutativa (anche in senso funzionale) che è alla base della causa, non si può dire però che causa e contenuto siano figure e concetti equivalenti, approdandosi altrimenti, paradossalmente, al medesimo esito!

Indicando, come si è visto, la causa una (determinata) ragione del contratto, il contenuto invece riassumendo la materia e l’insieme degli interessi o – anche – il regolamento negoziale complessivo: cosicché quest’ultimo è il presupposto per valutare la funzione causale o, detto altrimenti, la ragione complessiva del contratto, cioè la sua giustificazione a realizzare il programma concordato. Ciò che vogliono le parti e i correlati interessi non identificano quindi direttamente la causa, nel suo ruolo oggettivo.

degli ordinamenti, Atti del 4° Convegno Nazionale SISDIC, Napoli, 2010, p. 328 ss.; Id., *Dei contratti in generale*, cit, p. 580 ss.

20. Così HENRICH, *Il contratto in Europa*, in *Riv. dir. civ.* 2008, I, p. 652.

21. Cfr. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell’ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.* 2016, p. 432 ss.; G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 177 ss.

22. Ravvisa solo una posizione di cautela per la sua definizione, ma non indifferenza, G. B. FERRI, *L’“invisibile” presenza della causa del contratto*, in *Eur. e dir. priv.* 2002, p. 897.

23. U. BRECCIA, *Causa e ‘consideration’*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2007, p. 575; G. B. FERRI, op. loc. cit.

Qualunque sia comunque il punto di vista prescelto, non può negarsi che attraverso la causa si miri a valorizzare la logica complessiva del contratto e a proporla anche in chiave di efficienza ed idoneità dell'autonomia privata a conseguire i suoi scopi nella congruità di un dialogo con l'ordinamento per la piena realizzazione degli effetti programmati. Ciò, peraltro, senza implicazioni assorbenti da 'notte hegeliana', in termini di ricomprensione di ogni altro e diverso profilo del contratto.

Nella riscoperta oggi dell'utilità della causa c'è anche, verosimilmente, il rilancio di un'interpretazione dinamica in termini di efficienza dell'operazione negoziale accanto alla ricerca della sua essenzialità: e in tale direzione può probabilmente interpretarsi il più recente orientamento della giurisprudenza che manifesta il compiaciuto utilizzo di un criterio – e di una tecnica di controllo – in grado di disvelare l'obbiettivo e il nucleo centrale del contratto.

Peraltro, nel criticare esorbitanti impieghi, non si mira solo a denunciare un vizio (o incongruenza) interpretativo ed anche un'inefficienza tecnico-applicativa dal punto di vista di una pertinente e adeguata adozione di rimedi e soluzioni, ma anche, in una prospettiva più ampia, a limitare o ridurre le difficoltà di un dialogo, in via di approfondimento, con altri ordinamenti, in vista di un'eventuale disciplina comune in materia contrattuale, mediante riferimenti misurati e meno problematici o controversi.

Nello sviluppo della riflessione avviata si ripropone, in ogni caso, un dubbio di fondo che ha reso più ostica la comprensione del ruolo della causa: se (e come) da essa, nel dar conto della funzione o ragione specifica di un certo assetto d'interessi, si possa estrarre, nel contempo, quel profilo 'esterno' valutativo ordinamentale che alla causa inerisce. Ed invero l'individuazione della ragione di quel determinato contratto non è infatti fine a se stessa o, meglio, essa ne svela il senso complessivo, ma contestualmente lo offre alla conseguente valutazione in ordine alla sua identità, validità (o liceità), congruità o idoneità per tale duplice profilo²⁴.

È su questa base che per ogni contratto (ex art. 1325, n. 2 c.c.) l'analisi della causa concreta deve compiersi ed è necessaria (e utile), desumendosi da essa il senso complessivo dell'operazione posta in essere.

Nel vagliare la congruità e la fondatezza dell'uso della causa in concreto, operata da parte della giurisprudenza nelle varie situazioni sottoposte alla sua valutazione, s'intende ribadire che non ogni anomalia o ragione di censura dipenda o derivi dalla 'inidoneità' della causa, pur se la causa aiuta ad inquadrare e illuminare l'insieme dell'assetto predisposto. I profili di analisi e i requisiti del contratto sono diversi e molteplici; le discipline e le forme di tutela sono diversificate.

Esemplificando, è congruente, rilevante e appropriato invocare la causa in concreto per analizzare il caso del mutuo fondiario utilizzato in un certo modo (divergente), o

24. M. BARCELLONA, op. cit.; cfr. anche D. ACHILLE, op. cit., p. 40 ss.

quello della ‘vacanza rovinata’, o del preliminare del preliminare, o della donazione di cosa altrui, ecc.?’

Si è già rilevato precedentemente che la formula della ‘causa in astratto’ indica essenzialmente la funzione individuativa di un tipo negoziale in generale. Ma non rileva direttamente – a fini valutativi – una causa apprezzabile in astratto: la causa, intrinsecamente, esige infatti riferimento ad una concreta operazione negoziale²⁵.

La concezione della ‘causa tipica’, astrattamente considerata, è infatti entrata in crisi nel momento in cui essa ha finito con l’identificarsi con il ‘tipo’ contrattuale, quale modello o schema organizzativo oggettivamente apprezzato nella sua neutralità. Da ciò la distinzione tra ‘causa’ e ‘tipo’ e quindi la considerazione della causa in termini di concretezza e di riferimento specifico: e quindi l’esigenza di valutazione di una ‘causa’ determinata, anche in funzione di criterio di interpretazione e qualificazione del contratto de quo²⁶.

Può tuttavia ancora domandarsi se il ‘tipo’ astrattamente considerato individui comunque una sua ragione (astratta) del modello prefigurato, pur se non ha, di per sé, nella dinamica del contratto, sostanzialmente rilievo, in quanto concorre a determinare e qualificare il tipo, appunto, nella sua configurazione astratta, mediante il metodo proprio della ‘fattispecie’. Può certo favorire la valutazione della rilevanza della causa specifica di un determinato contratto, prospettando un indice tipologico della figura di riferimento considerata, ai fini di una sua eventuale conformità, in termini di disciplina applicabile, ma ‘la sua individuazione è meramente descrittiva della funzione giuridica del negozio astrattamente prefigurato dal legislatore e come tale è priva di rilievo concreto per individuare l’effettiva volontà delle parti’²⁷.

L’indagine causale dunque non può arrestarsi ad evocare il modello (il ‘tipo’): da tale constatazione nasce l’esigenza della causa in concreto, volta a fare emergere la razionalità specifica del programma contrattuale divisato, al di là della sua astratta corrispondenza e rilevanza rispetto ad un dato modello – nei termini della fattispecie –.

Nel contempo, il richiamo della ‘causa in concreto’, assunta nella sua globalità, non può risolversi in una scorciatoia argomentativa. Definire la causa quale ‘sintesi degli interessi reali’ dell’operazione economica comporta la sua assunzione, ritenuta utile al fine di comprendere il senso di quell’operazione. Ma così facendo, la causa (concreta) diviene un

25. Cfr., ormai tra tante, Cass. 12/11/2009, n. 23941, cit.; Cass. 3/4/2013, n. 8100, cit., che così statuisce: «La causa del contratto costituisce la sintesi dei contrapposti interessi reali che le parti intendono realizzare con la specifica negoziazione, indipendentemente dall’astratto modello utilizzato»; Cass. 22/10/2014, n. 22343; con riguardo al preliminare del preliminare Cass. Sez. Un., 6/3/2015 n. 4628; sulla donazione di cosa altrui Cass., Sez. Un., 15/3/2016 n. 5068.

26. Cfr. E. LA ROSA, op. cit., p. 33 e 75 ss.; in tal senso cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano 2013, p. 168 ss.

27. S. PUGLIATTI, *Precisazioni etc.*, cit., p. 233.

criterio di valutazione generico ed assorbente, senza la ricerca di una sua specificità nella visuale del contratto.

Ed allora è registrabile un'evidente incoerenza laddove, invocando il riferimento alla causa in quanto riassuntiva ed esaustiva del 'senso' del contratto, e quindi del suo 'fine' complessivo, si ritenga che qualunque inefficienza o sopravvenienza negativa, incidente ovviamente sulla (mancata) realizzazione del programma contrattuale, si risolva in una violazione della causa stessa.

Si sovrappongono per questa via – d'indole pancausalista – piani e profili diversi riducendo ed annullando la complessità e molteplicità delle componenti costitutive del contratto.

Le esemplificazioni soprarichiamate e che qui, insieme ad altre, si ripropongono: causa in concreto e ipotesi di collegamento negoziale; giudizio di fattibilità del piano concordatario (in ambito fallimentare) e causa in concreto; donazione di cosa altrui; finalità turistica e causa in concreto; contratti derivati e causa in concreto; analisi dell'onerosità o gratuità di operazioni complesse; donazione di cosa altrui, etc., sembrerebbero accreditare la tesi per cui la causa in concreto è riferimento ineludibile e costante di ogni eventuale ipotesi di anomalia del contratto, per il fatto stesso che la finalità del contratto risulti non conseguibile e frustrata!

Una tale prospettazione, invero, reca manifestamente l'insidia della confusione di categorie e concetti richiamati senza 'misura', oltre che della inutilità del richiamo.

E perciò la causa rimane ancora oggi terreno di grave contrasto tra gli interpreti, dogmatici e anti dogmatici, e comunque concetto assai vago ed elastico nella sua riferibilità all'area delle proiezioni del contratto²⁸.

E resta in ogni caso, anche in ambito europeo, come si vedrà, pur nel silenzio delle 'fonti', il problema di dar conto delle funzioni svolte tradizionalmente dalla causa.

Può a questo punto ribadirsi – sempre ai fini di una chiarificazione del concetto – che la causa, nel descrivere e individuare gli interessi e la ragione che alimentano un determinato contratto, implica senz'altro, nel contempo, la sua valutazione da parte dell'ordinamento: in tale direzione, si può comprendere perché la causa tenda a investire la problematica dei rapporti fra autonomia privata e ordinamento giuridico, con evidenti ricadute sulle parti contraenti e sui terzi. È diffuso infatti il rilievo secondo cui la causa si presta ad un duplice apprezzamento: della ragione specifica dell'atto dispositivo e delle condizioni della sua riconoscibilità e/o meritevolezza secondo l'ordinamento giuridico e in conformità di determinati parametri²⁹.

28. Cfr. ora M. BARCELLONA, op. cit., *passim*.

29. Cfr. i rilievi sul punto di S. MAZZAMUTO, *A proposito del libro di Barcellona*, in *Europa e dir. priv.* 2015, n.2, p. 469 ss.; D. ACHILLE, op. cit., p. 42 ss., in particolare con riferimento alla 'meritevolezza'; F. SCAGLIONE, *L'abuso del diritto tra buona fede in executivis e causa concreta*, in *NGCC*, 2017, n.1, p. 27 ss.

4. Reinterpretazione del ruolo della causa. Superamento delle formule “funzione individuale”/”funzione sociale”.

Può ora essere utile, salvo quanto già sopra precisato, ripercorrere in sintesi quella che è stata l'evoluzione, nel tempo, delle concezioni sulla causa, divenuta una ‘nozione di matrice dottrinale’³⁰.

Il passaggio, intanto, com'è noto, dalla causa dell'obbligazione (art. 1108 Code Napoléon) alla causa del contratto come causa unitaria: si transita (ex. art. 1325 c.c., n.2) così dalla visione atomistica delle due obbligazioni (nei contratti di scambio) o ‘promesse’, alla visione unitaria, sintetica del contratto che le assume e le contiene. Da qui si svolge l'idea di ricondurre la causa al ‘contenuto’ del contratto o all'insieme degli ‘effetti’ di esso. E in base a tali prospettazioni si è giunti ad intendere la causa quale funzione obiettiva del contratto.

Ma in cosa consiste tale ‘funzione’ rispetto al contenuto o all'oggetto o agli effetti? Si tratta di una sovrapposizione o di una mera sintesi verbale? Tali interrogativi che oggi si ripropongono hanno dato alimento alle tendenze anticausaliste³¹: specialmente, appunto, all'opinione per cui la causa identificherebbe il contratto sotto il profilo funzionale. La causa, allora, è apparsa talvolta una sorta di superfetazione dogmatica³².

Ulteriore passaggio è stato il seguente: la funzione sintetizza gli effetti del contratto – quindi del suo regolamento – anzi di tutti i contratti appartenenti ad uno stesso tipo (es. vendita). In tal senso quella funzione può essere apprezzata in termini oggettivi e astratti; viene a distaccarsi dal concreto accordo e identifica in generale gli effetti del contratto.

Ma, in tale direzione, non poteva non porsi l'interrogativo di quale sia la sua posizione di ‘requisito’ del contratto e in che modo la causa acquisti una sua autonomia. La ‘funzione’ (che sarebbe espressa dalla causa) corre il rischio, in altri termini, di essere una ridondanza del ‘contenuto’, del ‘regolamento’, degli ‘effetti’. Sennonché la ricerca della causa non può supporre un vuoto di significato delle varie componenti del contratto, quasi che queste costituiscano solo un dato descrittivo e neutro.

La causa, invero, individua sì la ratio del contratto, ma nel complesso dei suoi elementi costitutivi.

I problemi poi si sono aggravati – come si è visto - quando si è rimarcato il carattere tipico della funzione del contratto.

30. G. SICCHIERO, M. BARCELLONA, E. LA ROSA, opp. cit.; adde E. MOSCATI, *La causa del contratto*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, vol. III, parte II, Milano, 2008, p. 269 ss.

31. Rileva R. NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, 1959, p. 283, come in ambiti ‘anticausalisti’, la causa non è vista come elemento intrinseco al negozio, ma come fondamento di uno spostamento patrimoniale (attribuzione); criticamente sulla causa, cfr. R. SACCO, op. cit., p. 792; G. GORLA, *Il contratto – Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano 1954, p. 76 ss. e 263 ss.

32. Così M. GIROLAMI, op. cit., p. 231 ss.

Ed allora il recupero della utilità della causa passa attraverso la riscoperta della concretezza del riferimento e la revisione dell'idea di 'funzione', oltre che la distinzione rispetto al 'tipo' contrattuale³³.

Secondo tale direttrice può dunque ribadirsi che al fondo della causa operi la ricerca di una ragione o giustificazione di ciò che si dispone in termini di obblighi e di pretese e quindi del senso del contratto, del vincolo che esso pone: la valutazione che se ne opera non può che riferirsi allo specifico e singolare 'assetto' instaurato, nel complesso dei suoi effetti, ma la causa, appunto, resta distinta rispetto ad essi.

Si scorge dunque da questo rapido excursus riassuntivo quale dose (per un verso) d'ovvietà, di fraintendimento e forse anche di limiti di significato potrebbe avere la recente (e pur opportuna) 'acquisizione' della causa 'concreta' (specialmente da parte della giurisprudenza).

Viene da ribadire che di fronte all'enigma della locuzione 'causa', inserita, quale requisito³⁴, nell'art. 1325 – pur con l'implicito rinvio a qualcosa che sta a monte – gli interpreti si sono impegnati a tradurne il senso, ma talvolta in evidente, eccedente conformità con le proprie (precostituite) opzioni di metodo, di orientamento sistematico e di propensioni ideologiche, talché si è proceduto spesso muovendo da una data definizione prefigurata e approdando poi ad una (ritenuta) 'consequenzialità'.

E se, in replica, si opponesse la inevitabilità di tali esiti e che comunque, al di là della qualificazione della causa, l'esigenza causalista – come sembra – è avvertita, il problema allora diventa, ancora una volta, quello di individuarne un significato utile, riscontrabile concretamente e dall'impiego specifico e selettivo.

Non stupisce, allora, che ancora oggi la questione interpretativa e operativa si ritenga debba essere 'riordinata', al di là della storia dei dogmi che ne hanno significativamente accompagnato il processo travagliato³⁵.

Posto che la causa essenzialmente indichi (quale sia) la 'ragione' e il senso di un determinato contratto, non si può trascurare il dato per cui essa, comunque la si intenda, è vista dalla legge come un (necessario) 'requisito' del contratto³⁶. Con la conseguenza che la causa – per come intesa – non può esaurirsi nella mera descrizione e constatazione di un puro 'dato'.

Se, nell'attuale disciplina, la causa allora, è 'imposta', si dovrà, sulla scorta delle indicazioni sopra accolte, poter rinvenire l'intrinseca razionalità del contratto, in termini di specifico apprezzamento, a seconda dei punti di vista, della logica economica in senso 'utilitaristico mercantile', della 'giustizia contrattuale', della 'controllabilità sociale', del valore della buona

33. Considera la causa quale funzione che il negozio deve adempiere e che da allo stesso la sua impronta tipica, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, p. 110.

34. Cfr. E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto*, in *Comm. Schlesinger – Busnelli*, Milano, 2013, p. 59 ss.

35. Cfr. ora M. BARCELLONA e E. LA ROSA, opp. cit.

36. E. DEL PRATO, op. loc. cit.

fede, anche nella cornice del diritto europeo³⁷ etc.: e qui sta l'interno e l'esterno della causa, intesa – si ribadisce – quale ragione desumibile oggettivamente dal contratto.

Del resto, non potendosi dare semplicemente atto che un senso sussista, non trattandosi di un dato meramente ricognitivo – di un puro 'riassunto' –, si ricerca quel (particolare) significato che il contratto esprime e, in quanto tale, come si è detto, facendone oggetto di valutazione e non di mera e neutra registrazione. Diverso e articolato – come si è visto – è poi il profilo dei parametri cui si viene a conformare la valutazione *de qua*.

In tale direzione, la ragione (causa) del contratto è sempre e solo quella desunta dal particolare e specifico contratto stipulato, ma senza approdi di tipo soggettivistico; la valutazione è momento logicamente successivo secondo i canoni ordinamentali, come del resto è per gli altri requisiti (accordo, oggetto e forma). Quanto alla sua qualificazione, la ragione del contratto non è perciò correttamente schematizzabile in senso individuale/sociale, potendo tali qualifiche evocare riduttivamente e impropriamente solo elementi tendenzialmente ideologici, apprezzabili semmai su altri piani.

Si disvela e può allora ritenersi che molte discussioni sulla causa abbiano avuto ad oggetto piuttosto logiche 'prescrittive', nel senso che la causa è stata spesso individuata attraverso la 'funzione' che il contratto avrebbe dovuto perseguire, se di tipo 'sociale' o meno, piuttosto che sull'individuazione obiettiva di una certa giustificazione ricavabile dall'insieme del contratto³⁸.

In altri termini, ha operato impropriamente il binomio descrittivo/prescrittivo, cosicché la causa, per un verso, si è caricata di significati funzionali 'doverosi' in senso sociale o, per converso, di significati opposti; per un altro verso si è sfuocata la distinzione fra ciò che la causa in concreto designa e la sua (successiva) valutazione, così come del resto accade allorché si venga a considerare, ad esempio, l'oggetto o il contenuto del contratto o il consenso, assunti nella loro oggettività e considerati poi all'esito della conseguente loro valutazione.

Non si dovrebbe trascurare allora tale logica sequenza: s'individua la 'ragione' del contratto nei suoi termini oggettivi e quella è la causa (in senso concreto e specifico): essa poi è soggetta alla valutazione secondo i parametri dell'ordinamento.

Ma tutto ciò non implica confusione fra individuale e collettivo, fra 'essere' e 'dovere essere': quest'ultimo profilo, a mio avviso, interpretato non correttamente, ha determinato la rappresentazione ambigua e incerta sopra prospettata. Se l'apprezzabilità della causa muove dunque innanzitutto dalla ragione particolare, emergente dal contratto, sul piano linguistico, sarebbe pertanto preferibile – in coerenza con quanto argomentato – non qualificare la causa, per significarne la concretezza, come ragione (economico) 'individua-

37. Cfr. F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.* 2015, n.2, p. 233 ss.: ivi precisi riferimenti al dibattito sulla causa del contratto.

38. Cfr. C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., p. 268 ss.

le', potendosi equivocare, nel suo potenziale antagonismo con 'sociale', sul senso valoriale di tale qualifica: in realtà è da intendere che quella ragione non può che essere specifica, e pertinente a quel determinato contratto che si prende in considerazione.

Al riguardo, le discussioni sulla ipotizzabilità di una 'mancanza di causa', muovendo da determinate opzioni ricostruttive del ruolo della causa³⁹, possono comprendersi solo in chiave di analisi critica nel quadro di riferimenti non assoluti, e comunque non in senso 'naturalistico' o astrattamente tipologico, nei termini di una corrispondenza o meno con la 'causa in astratto', secondo una logica da 'fattispecie'.

Ma i due momenti non possono essere confusi e unificati, trascorrendo dall'"essere" al "dovere essere", cioè dal descrittivo al prescrittivo: qui è la radice del fraintendimento della 'bipolarità' dell'analisi causale.

5. La causa fra struttura e funzione del contratto: chiarimenti. La causa quale criterio ermeneutico del senso del contratto.

Si discute anche se la causa attenga rigorosamente alla struttura del contratto o rilevi anche nel suo 'funzionamento'. E quindi se la causa debba essere valutata a priori, prospetticamente, oppure se possa essere considerata (anche) a posteriori, cioè nella fase dell'attuazione⁴⁰: in tal caso la causa verrebbe a rilevare per la sua corrispondenza o meno rispetto alla 'ragione' 'programmata'; cioè si misura l'efficienza della ragione posta a base del contratto, nel senso di coglierne l'effettività di realizzazione.

Ora non c'è dubbio che intesa quale ragione ab origine del contratto, la causa 'assisti' tutto il percorso della sua vicenda e quindi rilevi anche nella fase attuativa. Ma occorre intendersi: ciò nel senso della persistenza del sostegno giustificativo della (coerente) sequenza dei momenti esplicativi e attuativi del programma prefigurato e assunto dai contraenti; non già, invece, a significare un'autonomia 'ontologica' o di ruolo della causa, distintamente, e nella 'struttura' e nella 'funzione' del contratto.

È questo peraltro il segno di un'oscillazione del concetto e della varietà delle prospettive e anche delle scelte del linguaggio nel rappresentare la complessiva vicenda del contratto e delle sue ragioni, nonché dell'angolo visuale dal quale ci si pone.

Si è al riguardo precedentemente osservato che le molte teorie sulla causa traggono diretto alimento dalle varie definizioni che ogni interprete di volta in volta confeziona a monte e in relazione alle quali ne traccia poi l'identità e i corollari.

39. Cfr. sul punto E. NAVARRETTA, *Dei contratti in generale*. cit., specialmente p. 604 ss.

40. Rileva incisivamente N. LIPARI, *Le categorie etc.*, cit., pp. 171-172 «da teoria della causa (anche prima dei più recenti sconvolgimenti) ha sempre oscillato tra una posizione che guarda al prima, e nell'ottica di Betti, la individua come funzione dell'atto, valutabile dunque a priori secondo un criterio valutativo che, astratto o concreto che sia, esige comunque di essere svolto in chiave di valutazione prospettica di esiti futuri, e una posizione che invece, nell'ottica di Pugliatti, guarda al dopo e la assume come sintesi degli effetti, valutati dunque a posteriori nel loro concreto determinarsi».

Con riguardo a questi ultimi, nella rilevata tendenza espansiva della considerazione del ruolo della causa, è necessario ribadire che le varie anomalie del contratto hanno la loro radice in alcuni profili e con riguardo a specifiche componenti, quali ad esempio, l'assenza di determinabilità dell'oggetto, la lacunosità del regolamento contrattuale, un vizio del consenso, una sopravvenienza etc. e che pertanto la loro precisa individuazione e il conseguente rimedio si collocano in un ambito determinato rispetto al quale non viene (necessariamente) in luce la rilevanza della causa. Salvo – come del resto si è già precedentemente avvertito – che non si ritenga di argomentare che qualunque 'inefficienza' sia in conclusione incidente sulla sorte del contratto e quindi su ciò che ne costituisce la ragione stessa del suo esistere. Sarebbe, però, ciò frutto di una non rigorosa e sommaria considerazione tecnica e dommatica, foriera di confuse conclusioni ricostruttive e applicative: ciò sembra, in fondo, il limite di taluni, dilatati, usi giurisprudenziali della causa in concreto.

L'incidenza sulla causa andrebbe perciò segnalata e valorizzata in presenza di inconfigurabili elementi di razionalità o di incongruenze giustificative degli assetti prefigurati e in assenza di anomalie che di per sé e da sole già precluderebbero l'esito fisiologico del contratto stipulato.

Ritorna qui il riferimento alla complessa problematica della distinzione e autonomia fra i concetti di 'oggetto', 'contenuto' e 'causa' del contratto gravati da ambiguità e sovrapposizioni terminologiche ed ermeneutiche⁴¹.

Ma si è visto, tuttavia, che la causa può rivendicare una sua autonomia, intesa quale ragione di un determinato assetto d'interessi. Anche il riferimento all'unità dell'operazione economica, intesa come categoria, può dar conto della concreta funzione svolta da un determinato assetto d'interessi⁴². Diversamente, le interpretazioni, pur diffuse, di una sua confluenza nel contenuto (o nell'oggetto), tenderebbero ad accreditarsi, nella misura in cui in essa si miri a ravvisare genericamente l'insieme degli interessi, o la funzione, o gli effetti o il regolamento etc.: è un rilievo questo già svolto precedentemente, ma che è utile richiamare come prospettazione del rischio di ulteriori incomprensioni.

Non si può perciò argomentare dal significato della causa quale 'sintesi degli effetti' o delle ragioni del contratto, per ritenere sempre necessario il riferimento alla causa in concreto al fine di risolvere ogni problema di dissonanza o di anomalia, o per considerare lesa la causa per ogni tipo di inefficienza che si manifesti nella vicenda del contratto.

Si rischia di non centrare il bersaglio e di generalizzare e dilatare la causa, interpretandola come una "formula magica"⁴³ così impoverendola di contenuto e quindi di affidabilità quale strumento di analisi.

41. Da ult. E. GABRIELLI, in *Comm. Schlesinger, L'oggetto del contratto*, Milano, 2015.

42. Cfr. E. GABRIELLI, "Operazione economica" e teoria del contratto. *Studi*, Milano, 2013, p. 165 ss.

43. V. ROPPO, op. cit., p. 988.

Da questo punto di vista, pur se correttamente si coglie l'istanza di una contestualizzazione costante della complessità degli scenari nei quali vengono ad operare gli atti di autonomia, al fine di vagliarne la dimensione effettiva nella vicenda attuativa, si prospetta forse non misurata e astratta l'idea che riconosce alla causa concreta il ruolo di 'criterio individuatore e regolatore degli atti di autonomia', di strumento idoneo a svelare il superamento dei confini tra uso e abuso dell'autonomia contrattuale ed infine di figura espressiva della 'sistematica giuridica', valorizzandosi della causa la sua rilevanza quale "sintesi degli effetti giuridici"⁴⁴. Occorre, in altri termini, tradurre e vagliare le proiezioni e le concrete applicazioni di tali predicati specialmente quando, attraverso la valutazione della causa concreta, si ritengono che transitino i valori della 'giustizia contrattuale'⁴⁵, l'efficienza del mercato, la ragionevolezza e congruità degli scambi, oltre che la meritevolezza degli interessi.

E così si è sostenuto che anche l'irrealizzabilità dello scopo concreto programmato rilevarebbe sotto il profilo della non funzionalità e della 'nullità funzionale' della causa: solo la causa concreta infatti sarebbe in grado di segnalare i difetti di funzionalità del rapporto rispetto alla programmazione operata dai contraenti e potrebbe ipotizzarsi perciò un caso di nullità successiva.

Al di là delle perplessità di ordine tecnico, con tali prospettazioni si corre però il rischio di una incertezza configurativa e, in definitiva, della riutilizzazione surrettizia di quelle più tradizionali concezioni della funzione della causa in astratto, secondo accezioni di tipo sociale-istituzionale, che pur si criticano e i cui limiti di significato pur si denunciano, ai fini di un concreto e specifico vaglio.

E se da un lato si riconosce nella causa l'essere uno dei requisiti, accanto agli altri, di essa può però anche predicarsi la funzione di aggregazione, di coordinamento e di coesione dell'intera operazione negoziale⁴⁶, ma solo sul presupposto di un'integrità strutturale, riferita dunque agli altri requisiti.

Se tale vocazione unificatrice è riconoscibile alla causa in quanto ragione o giustificazione dell'operazione contrattuale, tuttavia essa, così latamente intesa, tende ad esaurire forzatamente la dimensione complessiva del 'tutto', sotto ogni aspetto, programmatico e attuativo, dei fini e dei mezzi, dell'efficienza e del valore dell'interesse concreto perseguito e dei principi dell'ordinamento: e qui si innesta la confondibilità con la c.d. 'causa in astratto', quale preteso indice tipologico della completezza (presupposta) di una fattispecie (quella contrattuale).

44. Cfr. E. LA ROSA, op. cit., p. 95 ss.

45. Sulla 'giustizia contrattuale' e sul suo raccordo con la buona fede, nella prospettiva del diritto europeo, cfr. F. PIRAINO, op. cit.; cfr. anche E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.* 2006, I, p. 415 ss.; *Id.*, *Il contratto democratico e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 2016, p. 1262 ss.

46. E. LA ROSA, op. cit. p. 123 ss.

In realtà, l'ordinamento valuta sì la 'ragione del contratto', ma nei limiti di ciò che essa concretamente significa per riconoscerle congruità e adeguatezza sulla base di un'integrità (strutturale) del programma predisposto. Ciò non implica, perciò, che la causa si sostituisca o si sovrapponga agli altri requisiti, dell'accordo o dell'oggetto, la cui interpretazione e ricostruzione non può che procedere autonomamente, seppur, ovviamente, nel quadro di quel contratto.

Ove, ad esempio, l'accordo non si fosse formato o risultasse viziato, ciò rileverebbe di per sé, non potendosi concepire una valutazione della causa in tali circostanze e ciò in quanto essa, per esplicitarsi, suppone che a monte sussistano gli elementi costitutivi di cui poi si mira a ravvisare la ragione e la giustificazione, dal punto di vista degli interessi perseguiti. In questi termini è perciò criticabile un certo uso giurisprudenziale della causa in concreto, indotto dalla suggestione di una pretesa 'sintesi' inappropriatamente e senza limiti assegnata alla causa.

Anche da un altro punto di vista, ciò trova conferma: se la individuazione dei rimedi calibrati e pertinenti agli interessi concretamente emergenti è favorita dall'indagine causale nel suo effetto selettivo, quale strumento di controllo giudiziale, proprio tale utilizzazione induce poi una discriminazione degli strumenti di tutela invalidatori, risarcitori, sanzionatori, risolutori, in dipendenza di distinti presupposti e delle anomalie concretamente evidenziatesi, per cui non tutto risulta ascrivibile al difetto o vizio di causa, genericamente inteso.

La causa, serve dunque, essenzialmente, nella traiettoria rimediale, quale criterio ermeneutico per comprendere la natura e l'incidenza di determinati 'difetti' di giustificazione del contratto⁴⁷, o anche la rilevanza di quelli sopravvenuti, variamente collocantesi nella vicenda del contratto, ma la scelta del rimedio non può non tener conto, in ragione della composizione del contratto, delle caratteristiche delle anomalie che possono investirlo.

6. Rilievi conclusivi: ruolo autonomo della causa e sua ineludibilità.

All'osservatore attuale, attento all'evoluzione dell'ordinamento e delle sue fonti, può apparire, quello della causa un fenomeno duplice e contraddittorio: per un verso è ravvisabile un certo deperimento o 'usura' della causa o, almeno, del suo richiamo, talvolta anche in dipendenza del silenzio o di una non menzione di essa, come nel diritto europeo (PECL e DCFR)⁴⁸; per un altro verso una sua rinnovata, seppur complessa, utilità in ragione della valorizzazione delle tematiche (sopra richiamate) della giustizia contrattuale, del divieto dell'abuso del contratto nel mercato etc. e anche della preminenza dei principi

47. Rimarca la centralità della causa concreta e la sua inscindibilità dal procedimento ermeneutico, D. ACHILLE, op. cit., p. 55 ss.; cfr. anche F. SCAGLIONE, op. cit., p. 24 ss.

48. Per alcuni rilievi nel senso della non estraneità della causa all'impianto teorico del DCFR, S. STANCA, *Note in tema di causa nel DCFR e nella proposta sulla Cesi*, in *Contratto e Impresa*, 2015, n. 3, p. 719 ss.

(di solidarietà, di buona fede etc.) rispetto alle regole, almeno come paradigmi interpretativi dei processi in atto⁴⁹. Vitalità testimoniata, seppur in termini controversi – come si è visto – ora dalla giurisprudenza, ma anche da una diffusa rivisitazione in meditazioni e opere recenti⁵⁰. L'ambiguità e la polivalenza della figura però persistono, quasi come sue connotazioni naturali.

Infine, potrebbe prospettarsi, a questo punto, pertinente e fondato il rilievo della raccordabilità della causa del contratto al più ampio tema della 'causalità giuridica', quale meccanismo teso a predisporre e registrare – in una sequenza o svolgimento procedimentali – l'idoneità dell'agire giuridico in vista degli effetti programmati.

Si potrebbe perciò sostenere che la causa, intesa come ragione e giustificazione, valutata positivamente dall'ordinamento, riveli, nel concorso di altri elementi, l'idoneità complessiva del negozio (e del relativo assetto programmato) a produrre gli effetti cui è diretto. Ciò, ovviamente, sempre, appunto, sul presupposto di un'integrità strutturale del negozio. L'idea dunque dell'idoneità dell'atto a conseguire i suoi effetti, ove la ragione specifica e concreta sia positivamente apprezzata, evoca una congruità espressiva del profilo di un'adeguata causalità giuridica pertinente all'azione ordinante predisposta⁵¹. Ma tale prospettiva, più ardua e impegnativa, trascende i limiti del presente lavoro.

In conclusione, se si intendesse condensare qualche indicazione propositiva – nella necessaria selezione delle tante 'funzioni' assegnatele – si potrebbe ritenere che la causa, esprimendo la ragione e la giustificazione del contratto, in quanto tale è intrinseca ad esso, quale atto di autonomia: sia che si consideri direttamente la causa – come 'requisito' secondo quanto previsto dal codice civile – sia che non la si menzioni ma la si ricavi dal contesto complessivo dell'atto. (v. DCFR e progetti e codici europei). Del resto in una logica non dissimile si esprimeva il codice civile del '65 allorché prevedeva – come vedremo – che la causa, se non espressa, potesse anche presumersi (Artt. 1120 e 1121).

La causa ha dunque un suo autonomo ruolo in quanto dipendente intrinsecamente dal significato dell'atto: nell'accordo contrattuale ritrova infatti i suoi referenti individuativi.

Il senso e la ragione del contratto sono poi necessariamente considerati e valutati dall'ordinamento ai fini della sua tutela. Tale esigenza implica che la ricerca della 'causa' costituisca un momento ordinario e costante, sia che la legge la individui distintamente come elemento costitutivo sia che non la menzioni espressamente: anche in tal caso, infatti, la sua 'presenza' è indubitabile non potendosi configurare la tutela di ciò che non manifesti – in quanto atto di autonomia – una specifica ragion d'essere⁵².

49. Cfr. A. JANARELLI, *Dall'età dei principi all'età delle regole ed oltre. Problemi e paradossi del diritto privato postmoderno*, in *Giust. Civ.* 2014, p. 991 ss.

50. Cfr. da ultimo, le opp. citt. di M. BARCELLONA, E. LA ROSA, M. GIROLAMI.

51. Cfr. per tale interpretazione, nella prospettiva dello svolgimento dell'azione giuridica costitutiva di ordinamento, SALV. ROMANO, *Ordinamento sistematico dir. privato, II, L'azione*, Napoli, 1970, p. 43 ss. e 264 ss.

52. Cfr. G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., pp. 457-458: si dà conto, comparativamente, della menzione o

Si potrebbe allora sostenere che la causa si identifica con l'oggetto o il contenuto del contratto? Non sembrerebbe ciò corretto, posto che l'individuazione della *ratio*, desumibile – ovviamente – dal contesto complessivo dell'atto, ha un suo preciso riferimento e una propria irriducibile autonomia.

Se tale è la traiettoria argomentativa, il problema non è più se espungere e fare a meno o no della causa: la valutazione dell'ordinamento è comunque irrinunciabile e la ricerca della ragione dell'atto non può eludersi. Si potrà eventualmente discutere se abbia, per qualche verso, un maggior rilievo prevederla espressamente, ma quell'esigenza valutativa resta ferma e si pone sempre⁵³.

La discussione sul punto attiene piuttosto all'adozione dei parametri e standards in base ai quali valutarla: e qui la discussione non potrà ragionevolmente esaurirsi, mutevoli, molteplici e storicamente variabili essendo i criteri di quella valutazione.

Un'ultima riflessione: rilevabile, in definitiva, è l'inappropriatezza della considerazione della causa quale puro 'requisito'. Essa, esprimendo la ragione del contratto, non si aggiunge agli altri requisiti, ma si desume dall'insieme unitario di essi, esprimendone il senso complessivo.

È ipotizzabile che il codice la collochi fra i requisiti solo per significare che ogni operazione (contratto) deve poter essere valutata, nella sua specifica ratio, dal punto di vista dell'ordinamento. Se così fosse, come riteniamo, molti fraintendimenti soprattutto nel senso di identificare la causa con questo o quel requisito (accordo, oggetto, contenuto), si eviterebbero, una volta palesatosi il rilievo qualitativo della causa.

L'art. 1120 e 1121 cod. civ. '65 per qualche verso adombravano tale impostazione, presumendo comunque una causa del contratto. Ciò la rende autonoma, pur in un senso diverso dagli altri 'requisiti'. Nel vecchio codice, infatti, la causa era prevista negli artt. 1119-1122, ma costituendo la ragione del contratto, l'art. 1120 considerava non necessaria la espressione della causa nell'atto, presumendosi esistente fino a prova contraria (art. 1121).

La causa, se è la ragione particolare, specifica del contratto, pur sempre è una ragione giuridica nel senso della sua valutabilità da parte dell'ordinamento giuridico⁵⁴. Molti fattori, peraltro, oggi 'orientano' l'analisi di tale ragione, indirizzandola fra le 'opzioni' presenti nel contesto di riferimento.

Scriveva De Ruggiero⁵⁵ nel vigore del codice del 1865: non è sufficiente ai fini del negozio e del contratto la volontà astratta, ma occorre una causa per obbligarsi. È quindi evidente che la causa è necessariamente una causa 'concreta'! Sembra, talvolta, che tale scoperta sia assolutamente recente (forse lo è nella sua esplicazione).

meno della 'causa' nei vari ordinamenti.

53. Ciò si potrebbe riferire al senso della recente riforma del codice francese: cfr. *supra* nota 21.

54. V. in tal senso S. PUGLIATTI e ora M. BARCELLONA, *opp.citt.*

55. R. DE RUGGIERO, *Diritto civile*, Messina, 1930, p. 278.

In realtà, si è forse equivocato allorché si è identificata la *funzione sociale* attribuita alla causa con la sua astrattezza, e ciò nel senso che, essendo 'sociale', si sarebbe superato il riferimento individuale, concreto, specifico: è dunque un fraintendimento! Socialità non è certo sinonimo di astrazione dal concreto, ma di rilevanza dal punto di vista dell'ordinamento e dei suoi canoni valutativi.

Riemerge in conclusione il duplice profilo della causa quale ragione concreta, specifica del contratto e quale ragione valutata dell'ordinamento in conformità di determinati criteri di razionalità e di riconoscibilità.

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DEL CONTRATTO E L'INTERPRETAZIONE

GUIDO ALPA

Prof. ordinario Università di Roma "La Sapienza"

SOMMARIO: 1. Il controllo giudiziale del contratto. – 2. L'itinerario di formazione delle regole sulla interpretazione del contratto. – 3. Il modello francese. – 4. La teoria di Laurent. – 5. La giurisprudenza sotto il codice abrogato. – 6. La teoria di Messina. – 7. Le regole giurisprudenziali nell'applicazione degli artt. 1362-1371 del Codice civile vigente. – 8. La creatività all'opera.

1. Il controllo giudiziale del contratto.

Diversi sono i significati dell'espressione "controllo giudiziale del contratto". Nella letteratura corrente in Italia con questa espressione ci si riferisce a varie ipotesi:

(i) al rapporto tra autonomia delle parti e limiti posti dall'ordinamento giuridico, limiti che si possono far valere attraverso l'intervento del giudice; in tal caso il controllo verte sulla meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti, sulla legittimità (o conformità alla legge), liceità (o conformità agli scopi non riprovati) o moralità (o conformità alle regole etiche condivise) del contratto, implicando quindi il controllo un sindacato sugli elementi essenziali del contratto, cioè sull'accordo, sulla causa, sull'oggetto e sulla forma quando richiesta, sugli elementi accidentali che possono rendere il contratto illegale, illecito o immorale; oppure ancora sulla tipizzazione del contratto, distinguendosi quindi i contratti in tipici o atipici, a seconda del risultato della loro qualificazione;

(ii) alle modalità con cui il contratto è posto in essere, e quindi alla sua formazione, che può essere preceduta da una fase di trattativa, di scambio di informazioni, di scambio di documenti; in tal caso si deve verificare se il controllo verte su comportamenti che danno luogo a responsabilità precontrattuale, responsabilità contrattuale o a responsabilità extracontrattuale;

(iii) alle modalità con cui il contratto è stato eseguito o non è stato eseguito, alle cause che ne abbiano impedito od ostacolato la esecuzione;

(iv) alle modalità con le quali il contratto è stato modificato o è stato estinto (esaurendo i suoi effetti, oppure dando vita ad un nuovo contratto, e così via).

Nell'eseguire questo controllo il giudice si deve attenere a regole che ne limitano la discrezionalità di valutazione e di operazione: regole previste dal codice civile, dalla legislazione speciale, e dalle altre fonti del diritto. Le regole possono anche provenire dalla applicazione precedentemente assegnata da altri giudici a quelle regole e quindi dalla

precedente soluzione di casi simili o analoghi: la giurisprudenza è ormai accreditata come *fonte del diritto*. Rodolfo Sacco la include tra le fonti nel suo *Trattato di diritto civile*: si tratta, ovviamente, di una fonte “non scritta”, che deriva dalla applicazione ripetuta dei principi di diritto, delle massime, delle regole che emergono dai singoli casi e che, proprio grazie alla loro ripetuta citazione, tende a formare una sorta di consuetudine interpretative (della legge) che viene a far parte della norma. E Riccardo Guastini, nel suo *Trattato sulla interpretazione della legge* definisce per l'appunto la “norma” come il precipitato di “disposizione+interpretazione”.

L'accreditamento della giurisprudenza è passato attraverso diverse fasi: un accreditamento dottrinale, per la verità molto dibattuto e ostacolato, un accreditamento fattuale o pragmatico, che si è imposto nei fatti, mediante il ricorso ai precedenti effettuato dagli avvocati nei loro atti difensivi, e dai giudici nella motivazione delle sentenze, e finalmente un accreditamento normativo, dovuto agli interventi legislativi sul codice di procedura civile, sia sotto forma di necessaria motivazione della sentenza, sia sotto forma di formulazione del principio di diritto a cui si deve uniformare il giudice di rinvio, sia sotto forma del quesito di diritto (ex art. 366 bis ora abrogato), sia sotto forma di formulazione delle domande in modo da evidenziare la non conformità del provvedimento impugnato alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, chiedendone quindi la conferma, o in modo da rendere evidente un mutamento di giurisprudenza, chiedendone il rigetto.

Questo aggregato di regole, precetti, direttive, suggerimenti, già complesso di per sé, si rende ancor più complesso se si pensa che le regole giurisprudenziali derivano dalla interpretazione della domanda da parte del giudice decidente, dalla interpretazione della sentenza da parte del giudice di appello e da parte dei commentatori-glossatori-classificatori, e dal loro consolidamento che avviene anche attraverso le massime ufficiali o le massime pubblicate dalle riviste; in tutte queste operazioni possono essere compiuti errori e manipolazioni.

Gli spazi di valutazione e di operatività del giudice sono dunque ampi, ed i confini della discrezionalità si estendono vieppiù quando le disposizioni applicate contengono clausole generali, principi generali, espressioni “aperte” (come *natura o circostanze*) che servono non solo ad adattare la regola alle circostanze di fatto, temperandone il rigore se ritenuto eccessivo, o rimodulandone il precetto, se ritenuto troppo restrittivo, ma anche a introdurre nella decisione valori sottostanti all'ordinamento e inclusi nel precetto, come la buona fede, la correttezza, la solidarietà, l'abuso, la ragionevolezza e così via.

L'uso della espressione “controllo giudiziale del contratto” si riscontra anche nei casi in cui si discute della *completezza* del contratto, non solo quando ricorrono le ipotesi di sostituzione di clausole nulle ex art. 1339 cod civ o di fonti di integrazione del contratto (effettuata ricorrendo a legge,usi,equità) ex art. 1374 cod civ o di nullità parziale ex art 1419 cod. civ. o di conservazione del contratto depurato dalle clausole abusive ex art. 33

del codice del consumo, ma anche quando le parti fanno rinvio a clausole interne al contratto per regolar questa evenienza o quando prevedono circostanze tali da sconvolgere il contratto, che tuttavia intendono mantenere in vita, o quando si obbligano a rivederne o a rinegoziarne il contenuto.

Considerato da un altro angolo di visuale, il problema del controllo si può anche descrivere in termini di incidenza dell'interesse pubblico sugli interessi coltivati dai privati, oppure, con riguardo alle fonti, in termini di eterointegrazione, se esse provengono dall'esterno della pattuizione, o di autointegrazione, se esse provengono dallo stesso contratto che le parti hanno concluso.

Con questo elenco di operazioni non si esaurisce il compito del giudice diretto a controllare il contratto.

Vi sono altre ipotesi, che comprendono ad esempio le regole processuali, sia quelle previste dal codice civile in materia di prove e di documenti (quanto il contratto è scritto o si fonda su documenti utili ad evidenziare la volontà delle parti), sia quelle previste dal codice di procedura civile, sia le regole processuali che derivano dalla prassi, come ad es. il c.d. principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, che impone l'inclusione nel ricorso la riproduzione dell'intero testo o delle clausole contrattuali invocate.

Ed occorre poi distinguere il controllo di merito dal controllo di legittimità.

È dunque amplissimo il suo raggio d'azione: un raggio che si è allungato nel corso del tempo, almeno se ci si attiene a quanto affermato dalla dottrina, che distingue la fase dei primordi della applicazione del codice civile, dal 1942 al 1970, in cui l'applicazione delle regole di codice era tendenzialmente letterale e restrittiva, la fase della esplosione delle clausole generali (un po' anteriore in dottrina e posteriore in giurisprudenza) segnata dagli anni Settanta, l'articolazione di tutti queste tecniche di intervento in ipotesi tipizzate alla fine degli anni Novanta.

L'analisi della giurisprudenza anteriore al 1970 potrebbe anche riservare qualche sorpresa, perché dietro lo schermo formalista in allora imperante non è escluso che si fossero compiute molte operazioni/manipolazioni del contratto; ma questo esame non è stato mai fatto in modo onnicomprensivo. Qualche bagliore però si può cogliere leggendo le note a sentenza, là dove si lamenta l'eccesso di formalismo, oppure l'eccesso di discrezionalità del giudice.

Questa problematica è particolarmente evidente in un settore della disciplina del contratto, il settore della interpretazione.

2. L'itinerario di formazione delle regole sulla interpretazione del contratto.

Per comprendere l'itinerario delle regole sulla interpretazione del contratto occorre tener conto dei tre formanti – come li denomina Sacco nei suoi studi sulla comparazione giuridica - del diritto: il formante legislativo (nel nostro caso, le regole codicistiche), il formante

dottrinale e il formante giurisprudenziale. Il modello del codice civile italiano, in questa materia, ha seguito quasi pedissequamente il modello francese, di origine napoleonica (1804), applicato nel Regno d'Italia in traduzione italiana (1806) e poi replicato nei codici preunitari (ad es. dal codice albertino del 1837) e nel Codice civile unitario del 1865.

Determinanti sono stati, nella dottrina francofona, le teorie del belga François Laurent, i cui trattati furono tradotti in italiano ed ebbero grande successo e presso di noi le teorie di Giuseppe Messina. La giurisprudenza italiana riprese gli arresti della giurisprudenza francese, ma dall'inizio del Novecento, seguendo le tesi di Messina, se ne distaccò. Cesare Grassetti, nel corso della elaborazione del nuovo codice civile pubblicò un'opera sulla interpretazione del contratto che teneva conto di questa lungo travagliato processo, e la sua architettura, limpida, semplificante modulazione dei criteri di ermeneutica contrattuale ora campeggia nel codice civile vigente, agli artt. 1362-1371. La giurisprudenza successiva, ma anche la dottrina, con le opere di Giorgio Oppo, e, via via, con altri preziosi contributi, hanno ricreato un contesto di principi e regole che fanno di questo settore un autentico laboratorio concettuale e pratico. Val la pena dunque di fare cenno agli eventi più rilevanti per ripercorrere questa vicenda intellettuale.

3. Il modello francese.

Nella dottrina francese ha avuto indiscussa fortuna la teoria soggettiva dell'interpretazione del contratto: occorre scendere fino ai nostri giorni per individuare le prime eccezioni alla tesi che fa risiedere nella volontà soggettiva delle parti la ricerca del significato dell'accordo.

Le argomentazioni che pongono, accanto ai criteri di interpretazione soggettiva, altri criteri, di interpretazione oggettiva, volta non tanto alla ricerca della volontà quanto alla determinazione del contenuto (in sé) della dichiarazione negoziale, sono infatti assai rare. Qualche voce isolata si registra sotto l'influenza del § 133 del B. G. B. o dell'art. 18 Code des Obligations svizzero¹; ma si tratta di posizioni isolate; se si dovesse curare una bibliografia completa degli autori che difendono l'interpretazione soggettiva, occorrerebbe scrivere pagine e pagine: uno sforzo inutile, giacché, come rileva Carbonnier nel suo prezioso compendio, «la méthode subjective (ou la théorie de la volonté) (...) est traditionnelle en France»². E la giurisprudenza si è allineata senza dubbi e perplessità, senza eccezioni, senza ripensamenti, alla tesi soggettiva.

L'unica opinione che ha tentato una mediazione tra le due opposte tendenze si è arrestata alla applicazione del criterio soggettivo di identificazione dello status dei contraenti: all'interpretazione soggettiva si riservano i contratti tra privati, a quella oggettiva i contratti tra commercianti³.

1. Ne è esempio F. BOSSHART, *L'interprétation des contrats*, Thèse Genève, 1939.

2. J. CARBONNIER, *Droit civil, Obligations*, vol. IV Paris, 1964, p. 220.

3. È quello di J. BONNECASE, *Précis de pratique judiciaire et extra-judiciaire*, Paris, 1927, p. 258 ss.

Distinzione non difficile in un ordinamento che ha conservato la duplicazione dei codici, e continua a conferire grande rilievo agli affari conclusi tra «professionnels».

Di recente la tesi oggettiva è stata sostenuta — anch'essa in via di eccezione, nella manualistica corrente - da Boris Starck⁴. Di tutte le pagine del trattato di questo originale ed acuto giurista, scomparso prematuramente, quelle dedicate all'interpretazione non sono, per la verità, le più convincenti. Segno della scarsa elaborazione dottrinale, stanca e ripetitiva, della materia, e di una certa superficialità che si può a cuor leggero imputare alla dottrina contrattualistica francese, se la si raffronta con quella italiana di questo secolo, fin troppo concettosa e colta. In due brevi paragrafi Starck liquida la diatriba.

Val la pena di scorgerli, per convincersi di ciò. Recita il § 1158: «*da thèse subjective*, qui prend appui sur l'article 1156, se rattache à l'idée d'autonomie de la volonté et au libéralisme juridique, économique et social. Certes, reconna-t-elle, il existe des lois impératives qui restreignent ce libéralisme. Mais il faut bien se garder d'ajouter à l'imperium du législateur un pouvoir d'immixtion du juge dans la sphère contractuelle, ce qui permettrait à ce dernier de modifier le contrat, sous couleur d'interprétation, en créant ou en supprimant des obligations, contrairement à ce qui a été réellement voulu par les parties».

E così Starck descrive la teoria oggettiva, nel paragrafo successivo: «*da thèse objective*, qui invoque à son appui l'article 1135, ne tient pas compte des ces objections. Pour elle, le contrat n'est pas un simple instrument d'échange de biens ou de services entre les deux parties, il doit, aussi, servir la collectivité, ne pas être contraire au «bien commun», à l'équité et à la bonne foi. A cet effet, on doit faire confiance au juge: «pourquoi lui permettre d'interpréter la loi et non le contrat lorsque ce dernier n'est pas, par lui-même, suffisamment explicite?»».

È fin troppo facile osservare che Starck (e con lui la dottrina contemporanea) non distingue tra interpretazione e integrazione (leggi, usi, equità)⁵ né si fa carico di costruire l'interpretazione integrativa⁶; né distingue regole di interpretazione della legge e regole di interpretazione del contratto⁷ quasi che il giudice attuasse la medesima operazione ermeneutica nell'uno e nell'altro caso.

Ma questo potrà essere oggetto di considerazioni da svolgersi in altra sede⁸. Questa premessa serviva, qui soltanto per introdurre la pagina di Laurent che intendo illustrare.

4. B. STARCK, *Droit civil Obligations*, Paris, 1972, pp. 371-372.

5. Sull'integrazione contrattuale, nei suoi profili storici e sistematici, v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1967, p. 21 ss.

6. Di interpretazione integrativa nel nostro ordinamento giuridico, già parlava C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1937, (rist. in art., 1983) p. 189 ss.

7. Distinzione, peraltro, che solo di recente si è operata nella dottrina contrattualistica italiana: v. R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 769 ss.

8. Riprendendo l'analisi di M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975 (rest. inalt. dell'ed. 1969), p. 349 ss.

Si è detto, in due parole, qual è l'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza francesi, di oggi, cioè *dopo* Laurent. Ma prima? Anche prima non vi sono questioni di sorta: tutti si allineano alla tesi soggettiva, nonostante che il *Code civil* non vi facesse esplicito riferimento e non lasciasse intendere che tale era la *mens legis*. Se si leggono le regole espresse dagli artt. 1156-1164 si può infatti inferire che la prima regola è l'unica che fa riferimento alla comune intenzione delle parti; tutte le altre riguardano l'interpretazione di ciò che è *oggettivamente* emerso dal documento o dall'accordo verbale..

E anche quando si cita la «comune intenzione» delle parti non si allude necessariamente alla ricerca della loro volontà virtuale o probabile, ma alla coincidenza delle due diverse volontà dei contraenti; coincidenza che risulta pertanto frutto di una sovrapposizione, più o meno intenzionale, e quindi *oggettiva*, certamente non soggettiva.

In altra occasione ho cercato di dimostrare che questa linea, per così dire oggettivista, era quella indicata da Pothier⁹ e che, a commento delle singole regole che poi furono tradotte nel *Code civil*, Pothier adduce *sempre* esempi che riguardano la interpretazione oggettiva, o comunque criteri oggettivi d'interpretazione, intesi non tanto a risalire a quel che la singola parte voleva effettivamente dire o scrivere, o a quel che entrambi i contraenti volevano negoziare, quanto piuttosto a determinare quel che un terzo sulla base del testo o della dichiarazione, potrebbe intendere, applicando le regole di logica e di buon senso, o di esperienza, per assegnare un significato al contratto o a una sua singola clausola.

Ebbene, se si legge il passo di Laurent dedicato alla interpretazione, nulla di ciò emerge; anzi, Laurent teorizza la linea opposta, e *quindi* tale dice essere il significato delle norme secondo l'intenzione del legislatore. Questa pagina può esser considerata un esempio limpido di manipolazione delle fonti e del *Code* per pervenire ad una conclusione che soddisfi il suo interprete¹⁰.

4. Le teorie di Laurent.

Consideriamo la traduzione italiana del trattato di Laurent curata da Alessio di Majo¹¹.

Al § 500 Laurent presenta le regole di interpretazione (1156 a 1164 cui si affiancano nella traduzione italiana gli artt. 1131 a 1139 del cod. civ, 1865) come «prese in prestito da Pothier»; sono regole chiare, che consentono tuttavia l'interpretazione assai libera del giudice. Avverte Laurent che «le stesse regole non sono punto dubbie; la difficoltà sta nell'applicarle bene: ora l'applicazione è necessariamente abbandonata alla prudenza ed intelligenza dei magistrati».

9. R. J. POTHIER, *Traité des obligations, Oeuvres complètes*, Paris, 1835, nn. 9 ss. e il mio *Alle origini della teoria moderna dell'interpretazione del contratto*, in «Rivista critica del diritto privato», fasc. 2, 1983, p. 127.

10. F. LAURENT, *Principi di diritto civile*, vol. XVI, Napoli, Roma, Milano, 1881, n. 500 ss.

11. Op. cit., n. 502.

Il principio di giurisprudenza che gli articoli 1156-1139 e seguenti non hanno un carattere imperativo: per loro natura, dice la Corte di Cassazione, essi costituiscono dei consigli dati al magistrato dal legislatore per l'interpretazione delle convenzioni, e non delle regole solute la cui inosservanza porta seco l'annullamento della decisione che l'avrebbe ammessa».

A questi assunti fa seguire un esempio tratto dalla vita agraria: vendita di un terreno in cui il criterio di misurazione è costituito dalle giornate necessarie per ararlo con una coppia di buoi. Una parte vende, l'altra compra, sulla base di questo criterio, ma la misura non è applicata uniformemente, sì che nasce la controversia sul prezzo da versare. Un errore sulla quantità, diremmo oggi, che Lurent (citando la giurisprudenza) fa rientrare invece nell'interpretazione del contratto. Comunque, illustrato l'esempio, Laurent, passa a descrivere il significato della prima regola, l'art. 1156-1131, così prodotta: «Nelle convenzioni si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anziché attenersi al senso letterale delle parole».

Laurent ritiene che questa regola, «improntata da Pothier», sia «male formulata», E si spiega: essa lascia intendere che l'interprete non deve fare affidamento sulla lettera del contratto ma deve ricercare piuttosto il suo significato ricorrendo alla comune intenzione delle parti.

Per la verità, questa regola, riprodotta anche nel nostro codice del 1942 (art. 1362 c.c.), è perfettamente formulata e chiara nel suo intento. Ben sapendo che le parti non sono sempre (anzi, quasi mai) accorti giuristi, e possono quindi scrivere l'accordo con termini detti dal linguaggio colloquiale anziché da quello tecnico proprio del giurista, il legislatore da sempre ha voluto considerare con sospetto la «lettera», e andar invece dietro di essa per considerare, per così dire, lo «spirito» dell'accordo, Pothier, al riguardo, così si esprimeva, teorizzando la prima delle sue dodici regole dell'interpretazione:

«On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plus que le sens grammatical des termes. *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*; I, 219, ff. *de verbor; signif.*».

Ma Laurent non è d'accordo, E si appella all'autorità di Domat. «Domat formula meglio questa prima regola d'interpretazione che è fondamentale: “Se le parole di un contratto sembrano contrarie alla intenzione dei contraenti, allora è evidente che bisogna seguire questa intenzione piuttosto che le parole”». E spiega che prima di tutto occorre avere riguardo alla lettera dell'accordo; solo quando la lettera non è chiara, allora si può ricorrere all'intenzione comune, Quindi: quando la lettera è chiara, non si fa luogo all'interpretazione (in claris non fit interpretatio¹²). Pertanto c'è un principio di gerarchia tra le regole, in cui al primo posto occorre porre l'interpretazione letterale.

12. La falsità di questa massima è già argomentata da C. GRASSETTI, *L'interpretazione*, cit., p. 96 (e n. 7). La Corte di cassazione continua, comunque, ad applicarla; v. la rassegna curata da C. Cossu, *In claris non fit interpretatio*, ne *L'interpretazione del contratto – I. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, a cura di G. Alpa, Milano, 1983, p. 164 ss.

Laurent prosegue: «da ragione si è che la volontà delle parti si esprime con le parole delle quali esse si servono; allorché quindi le parole sono chiare, l'intenzione, per ciò stesso, è certa; e se in questo caso si andasse ricercando l'intenzione delle parti, si metterebbe nel posto di una intenzione chiaramente espressa dalle parti medesime l'intenzione nel modo che è stabilita dall'interprete, con mezzi più o meno congetturali, lo che vuoi dire che si preferirebbe ad una intenzione certa una intenzione incerta. Avviene per le convenzioni come per le leggi; bisogna applicare all'interpretazione dei contratti questa regola così savia che gli autori del primitivo progetto del codice civile avevano formulato nel titolo preliminare: "Allorché una legge è chiara, non bisogna eluderne la lettera sotto pretesto di penetrarne lo spirito"».

Ancora una volta, per dare forza alle sue argomentazioni, Laurent richiama il «pensiero» del legislatore. Ma questa è un'arma pericolosa. Anche se si volesse accedere alla sua tesi, e ritenere che tale «pensiero» esista, vediamo come esso si esprime nel dibattito risultante dai lavori preparatori¹³.

Dal testo di Fenet (Laurent avrà usato altri testi, ma questo passo non credo possa essere stato interpolato, anche perché egli cita la discussione tenuta il giorno 11 brumaio dell'anno XII, cioè il 3 novembre 1803) risulta che le regole sull'interpretazione sono quelle che meno hanno dato luogo a discussioni, anzi, sono passate senza alterazioni o modificazioni di rilievo. L'unico punto esaminato è se sia opportuno mantenere il testo dell'art. 52 (corrispondente all'art. 1156-1131) nella sua formulazione originaria, e cioè che alle «espressioni grammaticali» delle parole sia da preferirsi l'intenzione delle parti, oppure sia opportuno privilegiare la dizione «senso grammaticale». In altri termini, si discute proprio il problema aperto da Laurent, e concluso (da Laurent) a favore della prevalenza dell'interpretazione letterale.

Per confutare queste obiezioni nella discussione Cambacérès sottolinea che la regola è copiata direttamente da Pothier. E Tronchet osserva che «cet article ne peut jamais devenir un moyen de dénaturer l'intention des parties; car ce ne sera pas sur de simples allégations qu'on s'écartera des terms de l'acre; ce sera d'après le plus claire qu'il n'exprime point la volonté des contractans».

Si accoglie infine la proposta di Defermon, e si muta il testo originario sostituendo a «espressioni grammaticali» l'enunciato più chiaro di «senso grammaticale» delle parole. Gli articoli successivi sono adottati senza discussione. Ma si insiste sulla necessità di dare prevalenza allo «spirito» anzi che alla «lettera».

Posta la regola, invertendo l'ordine dei criteri espressi chiaramente dal *Code*, Laurent si preoccupa poi di spiegare che il magistrato può allontanarsi dalla lettera confidando nel suo potere di correzione» come fa per l'interpretazione della legge. E a differenza di

13. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires de Code civil*, XIII, 1827, rist. Osnabrück, 1968, artt. 1156 ss., p. 237.

quanto accade per i testamenti, ove la volontà del testatore è sacra e l'atto deve essere rispettato in quanto «solenne», questo potere è più ampio. Deve però essere esercitato nei limiti della disciplina delle prove; «gli scritti prevalgono sulle testimonianze».

Come si vede, attraverso un lungo giro si ritorna al punto di partenza: la lettera prevale su tutto.

Cercare le ragioni per cui Laurent manipola le fonti, e legge il *Code* in modo opposto alla chiara sua dizione non compete al civilista, ma al filosofo e allo storico. È indubbio però che queste pagine imprimono un gravissimo timore: che il giudice male usi il suo potere e faccia dire al contratto quel che le parti non volevano affatto dire. Timore che è perfettamente comprensibile in un ordinamento nel quale, da sempre, si sostiene che le regole del *Code* sull'interpretazione del contratto non sono norme giuridiche, ma semplici massime, consigli, suggerimenti offerti all'interprete, il quale, allora, è molto più libero nell'apprezzare il significato del testo. Anche nelle teorizzazioni recenti, al massimo, si conferisce valore normativo alla prima regola (art. 1156) mentre si conviene sulla anormatività delle altre¹⁴.

Non si deve dimenticare che proprio con considerazioni sul potere del giudice prende avvio la pagina di Laurent che si è proposta all'attenzione del lettore. E allora: una manipolazione ben riuscita dettata dall'*affectio* per la teoria volontaristica, o una lettura necessitata dal cattivo operare del magistrato?

5. La giurisprudenza sotto il codice abrogato.

Scorrendo la giurisprudenza in materia di interpretazione del contratto possiamo constatare situazioni connotate da continuità degli orientamenti delle corti, e vicende di cesura, dovute o al mutamento del testo normativo o al mutamento di indirizzo ermeneutico: le regole sulla interpretazione del cod.civ.del 1865 (artt. 1131-1139) sono in parte coincidenti con quelle del codice vigente (artt. 1362-1371), talvolta collocate in una disposizione diversa, nella più parte dei casi sovrapponibili alle nuove. Facendo un controllo *à rebours*, si nota che i problemi sui quali si è travagliata la giurisprudenza nella prima metà del Novecento sono essenzialmente tre: la natura delle norme di interpretazione del contratto, i confini del controllo di legalità da parte delle Corti di Cassazione e poi della Suprema Corte unificata, il "travisamento del contratto".

Per molti anni si è ritenuto – con orientamento che si potrebbe definire granitico – che «le disposizioni del codice in materia di interpretazione dei contratti non costituiscono norme rigorose e imperative ma sono piuttosto consigli e suggerimenti atti a servire di guida al magistrato»¹⁴. In altri termini, si ritiene che «negli artt. 1131 e segg. la legge dà criteri direttivi al magistrato senza vincolare la sua libertà di disporre ancora quei mezzi

14. v. ad es. Cass. Firenze, 24.2.1912, Ragg. giur., 1912, 221.

ulteriori di prova che, secondo i casi, possono essere richiesti dalle parti od ordinati di ufficio per meglio chiarir ei fatti, la retta intelligenza dei patti, la intenzione dei contraenti»¹⁵. Il magistrato non è tenuto «a dare una minuta spiegazione, potendo addivenire che la oscurità o equivocità delle parole di un contratto, la probabile intenzione dei dichiaranti si volga e stabilisca più per intuizione ed impressione che per effetto di un rigoroso ragionamento»¹⁶. Le norme sono rimesse al prudente arbitrio del giudice del merito e non possono formare oggetto di censura in cassazione¹⁷. Solo un orientamento minoritario aveva ritenuto che le sentenze fossero censurabili in caso di violazione della legge¹⁸.

Da questi orientamenti si possono inferire due corollari: il primo è che il giudice di merito, sotto il codice previgente, aveva una maggior libertà d'azione, la sua discrezionalità incontrando solo limiti estremi, quali l'aperto disconoscimento dei *suggerimenti*, l'applicazione di erronei criteri giuridici traendone errate conseguenze¹⁹. Ed è evidente che, se le disposizioni da applicare non avevano la natura di norme in senso proprio, la loro vincolatività era assai labile.

Il secondo è che il controllo di legittimità ne risente, ed è assai circoscritto.

Di qui la elaborazione di canoni a cui si deve attenere il giudice di cassazione che ampliano un poco la sfera del controllo di legittimità e circoscrivono la sfera di discrezionalità del giudice di merito. È assoggettato al controllo di legalità il procedimento di qualificazione (o di definizione) del contratto²⁰ sempre che ciò non implichi una revisione del fatto ormai accertato dal giudice di merito²¹.

Per la qualificazione si individuano perciò alcuni canoni: l'apparente intenzione delle parti, i precedenti rapporti tra loro intercorsi, i principi riguardanti i contratti, le regole sui contratti con i quali il contratto in contestazione abbia «maggiore analogia»²². Ma anche questo orientamento più cautelativo delle parti rispetto alla discrezionalità del giudice è osteggiato da un indirizzo che invece ritiene del tutto sottoratto al giudizio di cassazione il procedimento di qualificazione considerato espressione di una valutazione dei fatti data dal giudice di merito non sindacabile dal giudice di legittimità²³.

È altrettanto comprensibile che si riporti il giudice al *tenore letterale* delle parole, nonostante l'art.1131 cod.previg., al pari dell'art. 1362 cod.vig. si richiamasse alla *comune intenzione* delle parti (cioè allo *spirito* piuttosto che non alla *lettera* del contratto).

15. Cass. Firenze, cit.

16. Cass. Roma, 20.4.1912, in Cass.un.civ., 1912, 338.

17. ad es. Cass.Torino, 27.11.1911, in Giur.tor.,1912, 200.

18. ad es. Cass. Palermo, 12.8.1897, in Foro isc., 1897, 695.

19. Cass. Napoli, 13.9.1913, in Sentenza, 1913, 598.

20. Cass. Palermo, 23.11.1895, in Foro sic., 1896, 18.

21. Cass. Firenze, 27.3.1893, in Temi ven., 1893, 312.

22. Cass. Torino, 24.3.1881, in Ann. 1881, 401.

23. ad es. v. Cass. Firenze, 30.12.1878, Annali, 1879, 164; Cass. Napoli, 11.5.1906, Dir. e Giur. XXI, 977.

È pertanto uniforme l'applicazione del broccardo *in claris non fit interpretatio*: il giudice non può sostituire la propria volontà a quella dei contraenti (principio che richiama la *sanctity of contract* della risalente tradizione del common law, sia inglese sia americano). In altri termini, non si procede alla interpretazione quando le espressioni usate dai paciscenti siano "chiare e precise"²⁴.

Occorre però segnalare altri due orientamenti che rendono più certi i confini dell'intervento giudiziale.

Il primo, per così dire, più liberale, che colloca i canoni ermeneutici nell'ambito dell'*aequitas*, pur sempre fondamento del diritto, e pertanto «consente al giudice di contemperare equamente le mute ragioni delle parti nell'interpretare patti oscuri, ambigui o incompleti»²⁵. Il dibattito sull'equità, collegato con il dibattito sui principi generali, che si era radicato nei primi anni del Novecento, si riverbera sulla giurisprudenza, portando ad un meno rigoroso ed automatico apprezzamento degli accordi conclusi dalle parti. Il giudice tiene conto non solo delle massime di esperienza ma anche della esigenza di dare al testo oscuro un significato proporzionato e ragionevole.

Il secondo riguarda la questione del *travisamento* della volontà delle parti. Foltissime sono le sentenze classificate sotto questa espressione, che troviamo ancor oggi riflessa nella giurisprudenza francese sotto il termine di *dénaturation du contrat*. Questo indirizzo potrebbe apparire limitativo della discrezionalità del giudice; ma può anche essere inteso in altro modo, e cioè come il limite estremo al quale il giudice si può spingere nel suo apprezzamento discrezionale.

Come qualificare il *travisamento*? Le pronunce si esprimono con criteri diversi, ma in ogni caso, si verifica questa fattispecie quando «appaia evidente che il giudice abbia sostituita la volontà propria a ciò che risultava in modo perspicuo dall'atto»²⁶, facendo dire al contratto ciò che non dice²⁷, quando «a pretesto d'interpretare la volontà delle parti, attribuisce loro un'intenzione smentita dal tenore esplicito, chiaro e indubbio del contratto»²⁸, o quando ne fraintende la causa²⁹ o la persona (*id.*).

Non si può però considerare travisamento quando vi sia dubbio «per quanto leggero si presenti sull'estensione d'un patto contrattuale»³⁰. Il travisamento o lo *snaturamento* deve essere certo: cioè allorché «l'atto sia stato interpretato in un senso manifestamente e incensurabilmente contrario al vero e naturale suo significato»³¹. In altri termini, il signifi-

24. Cass. Roma, 19.2.1907, Ann., 1907, 243.

25. Pret. Barletta, 28.6.1911, in Foro Puglie, 1911, 893.

26. Cass. Napoli, 30.12.1911, Dir. e giur. 1912, 169.

27. Cass. Torino, 17.6.1884, Massimario, 1885, 947.

28. Cass. Torino, 4.5.1879, Giur.tor., 1889, 341.

29. Cass. Napoli, 16.9-1874, in Giur.it., 1874, I, 1, 921.

30. Cass. Torino, 20.4.1888, in Massimario, 1888, 512.

31. Cass. Roma, 18.5.1876, Legge, 1876, II, 276.

cato dato dal giudice «non deve ripugnare alla presunta volontà delle parti»³², e non essere «grammaticalmente e letteralmente» diverso dal senso dato dalle espressioni adoperate dalle parti³³.

Leggendo le sentenze si avvertono formule ed espressioni che saranno poi riprese dal legislatore del 1942, o dalla Relazione del Guardasigilli e dalla dottrina che, vicino alla nuova codificazione, cerca di riportare sul solco della rigida interpretazione della volontà presunta delle parti l'opera esegetica del giudice di merito e il suo controllo in cassazione.

6. Le teorie di Messina.

Il saggio di Giuseppe Messina sull'interpretazione, pubblicato nel 1906, non è stato completato: si compone di una premessa, dedicata a “i dati obiettivi nell'interpretazione dei contratti” e di un primo capitolo sulle “leggi dell'interpretazione” composto di otto paragrafi. La finalità precipua dell'A. è di dimostrare che le regole sulla interpretazione dei contratti sono “norme” in senso proprio, norme che non differiscono dalle altre che compongono l'ordinamento giuridico e che quindi istituiscono diritti e obblighi. L'ottavo paragrafo, interrotto nel suo svolgimento logico, si sofferma sui diritti potestativi, tema caro a Messina, che ne ha fatto oggetto di riflessioni ampie, in più occasioni (v. nella raccolta di Scritti giuridici i due saggi sui diritti potestativi e sui diritti facoltativi).

La premessa ricostruisce la problematica aperta dalle disposizioni contenute nel codice napoleonico e derivare da questo nei codici preunitari e nel codice civile del Regno (art.1131 ss.): ci si chiede cioè se si tratti di regole o di consigli, suggerimenti, precetti di buon senso, la cui applicazione sia tale da orientare l'attività ermeneutica del giudice oppure se la loro violazione implichi una infrazione alla legge e quindi sia suscettibile di un giudizio di legittimità.

La ricerca si avvia dunque tenendo conto del dato storico, atteso che (almeno a quell'epoca) ad esso gli interpreti si riferiscono per suffragare le loro tesi, cercando di legittimare e nobilitare le soluzioni prospettate con il prestigio e l'autorità della cultura solidamente stratificatasi nel corso dei secoli passati.

La prima preoccupazione dell'A. è di segnalare che regole in materia di interpretazione di riscontrano in tutti i codici moderni, da quello napoleonico e austriaco a quelli che dal continente europeo sono trasmigrati nell' America latina. Queste regole trovano un loro antecedente innanzitutto nel Digesto - nei ti.16 e 17 del L.50. ma il riferimento serve solo a chiarire che si tratta di precetti ambigui, la cui divergente interpretazione ha accompagnato la loro applicazione non solo in epoca romana , ma anche nell' Età di mezzo. Non era chiaro né l'ambito di applicazione di quei precetti, né la loro origine (dire che si compenetravano nella natura rerum è un nonsenso) né nell'Età di mezzo da quale

32. Cass. Torino, 6.9.1892, Massimario, 1892, 968.

33. Cass. Palermo, 25.6.1896, in Foro sic., 1906, 441.

autorità traessero la loro forza vincolante. Ricostruita l'origine delle disposizioni del Code civil dal testo del *Trité des Obligations* di Pothier, Messina intravede nella problematica sollevata dai giuristi francesi, non solo del' Ottocento ma anche dei primi del Novecento (e in particolare nelle pagine realistiche e antidogmatiche di Géný), proprio la conferma che la questione capitale non è l'origine storica, il modo nel quale le formule si sono venute componendo, l'essere le disposizioni napoleoniche riconducibili tutte o meno ai documenti romani, quando piuttosto la loro essenza: partecipano esse del carattere della coattività o no?

Ecco come si snoda allora il ragionamento, che esprime in tutta la sua forza il vigore intellettuale di Messina. Innanzitutto egli osserva che il legislatore ha fatto una cernita tra le regole ermeneutiche consegnate dalla tradizione e quindi quelle riportate nel testo di codice (o nei testi dei codici via via elaborati nel corso dell'Ottocento) hanno un carattere che le distingue dalle altre, di cui hanno condiviso l'origine fino alla cristallizzazione nel testo normativo, cioè la loro veste formale. Le altre sono regole di esperienza soltanto. Questa prima conclusione consente all'A. di discostarsi dalle tesi, provenienti dall'area tedesca, che distinguono le regole ermeneutiche in leggi di natura, principii psicologici e tesi di esperienza tratte dal traffico e dal costume. La seconda conclusione è che le regole interpretative hanno la funzione di determinare il contenuto del contratto: spetta infatti all'indagine della volontà delle parti che deve però essere affidata a criteri oggettivi: «non si deve attribuire alle parti una volontà che le circostanze non provano ch'esse abbiano avuta» (p.168).

In questo senso - nonostante il codice napoleonico e il codice unitario non avessero inserito tra le regole dell'interpretazione anche la clausola di buona fede (come farà il legislatore del 1942 con l'art. 1366) Messina ritiene che l'art.1124, riferito alla esecuzione del contratto, possa estendersi alle fonti di integrazione, come la legge, gli usi e l'equità. L'art. 1124 è considerato uno dei capisaldi dell'interpretazione. Se così è, non si può parlare di consigli dati al giudice, trattandosi piuttosto di regole in senso proprio, cioè di regole giuridiche vincolanti: se esse sono equiparate alla legge, agli usi e all'equità non potrebbero avere natura diversa.

Di qui allora un altro corollario: come le regole menzionate che contengono espressioni vaghe come l'equità o la buona fede costituiscono il modo per il giudice di esprimere giudizi di fatto, così le regole di interpretazione consentono al giudice di formare giudizi concreti di fatto senza però sconfinare nell'arbitrio.

Il giudizio dato dal giudice è sindacabile anche se espresso nel merito in quanto esso si è formato sulla base di norme giuridiche, sindacato a cui non si può sottrarre semplicemente dichiarando che considerando la fattispecie non c'è necessità di applicarle. In altri termini, il principio in *claris non fit interpretatio* non è ammissibile perché costituisce un espediente per sottrarre il risultato del procedimento ermeneutico ad ogni sindacato di legittimità.

A questo punto il disceso potrebbe considerarsi chiuso. Ma qui emerge la finezza teorica di Messina. Non è sufficiente rilevare che le regole interpretative sono state incluse in un testo di legge per evincerne il carattere di coattività: ne fa riprova il fatto che nel testo di codice siano contenute classificazioni, definizioni, altre formule che sono prive di coattività perché non sono norme di legge in senso proprio. Ecco perché le *regulae juris* non sono norme in senso proprio, ma formule che esprimono un “giudizio narrativo”.

Le norme sulla interpretazione dei contratti non sono assimilabili alle norme interpretative delle leggi, in particolare alle norme sulla interpretazione autentica: esse non implicano come queste ultime, né uno *ius novum* né la conclusione concreta di un giudizio logico, ma piuttosto esprimono la volontà del giudice. Tutto il seguito del discorso si incentra su una digressione sulla imperatività della norma giuridica.

Ma come furono raccolte queste idee in materia di interpretazione dalla dottrina del tempo e da quella successiva?

In altri termini, la tesi della imperatività, oggi non più discussa, ebbe molti fautori dalla sua parte all'inizio del Novecento?

È sufficiente considerare i manuali evi e successivi al saggio di Messina per rendersi conto che le sue idee, originali e acute, non ebbero immediata penetrazione nella cultura giudica, eppure finirono per essere accolte con largo favore decenni dopo, essendo stringenti e persuasive.

Ecco qualche esempio.

G.P. Chironi, negli *Elementi di diritto civile* (Milano Torino Roma) del 1914 richiama a proposito della interpretazione del negozio giuridico gli art. del codice civile ma descrive queste regole come dirette a chiarire la volontà reale dei contraenti, secondo una interpretazione letterale e logica. Simoncelli ne fa una semplice esegesi del testo di codice attribuendo però le regole al negozio giuridico (p. 489). Barassi, nelle sue *Istituzioni* distingue le regole di interpretazione del negozio da quelle del contratto, ma non si pone il problema della vincolatività, e precisa che nel definire il contenuto del contratto occorre tener conto della buona fede. Esplicito invece Venzi, il quale nel *Manuale di diritto civile italiano* torino 1933 p 399 chiarisce che le norme sulla interpretazione del contratto sono vincolanti per il giudice, anche se l'interpretazione del contratto è un giudizio di fatto incensurabile in cassazione. E così - anche se laconicamente - De Ruggiero nelle sue *Istituzioni*³⁴.

Con molta finezza, senza peraltro diffondersi sulla tesi della vincolatività, disquisisce sulle finalità dell'interpretazione Nicola Coviello nel suo *Manuale di diritto civile italiano*³⁵. Coviello insiste invece sulla necessità di acclarare la volontà delle parti e istituisce un parallelo tra regole di interpretazione della legge e regole di interpretazione del negozio

34. VII ed. Milano, 1935 III pp. 295-296.

35. Si veda la V ed., Milano, 1929.

(ritenendo peraltro che si equivalgano, salve ovviamente le differenze dovute alla diversa natura degli atti esaminati). Ciò che gli preme è stabilire che «il giudice [non] possa rifare il contratto secondo il suo ideale di giustizia e di equità, contro ciò che le parti hanno realmente voluto» (p. 410). E aggiunge: l'erronea interpretazione del negozio non dà adito al ricorso per cassazione a meno che la sentenza «trascuri di applicare, applichi male, o interpreti falsamente le regole legali d'interpretazione»; in tal caso la sentenza può essere impugnata «come in ogni altro caso di legge violata».

La tesi è respinta con dovizia di argomenti da Pacchioni nel suo tratto di Diritto civile italiano parte II, vol. II, Dei contratti in generale pubblicato nel 1936. Pacchioni fa risalire la tesi della vincolatività delle regole ermeneutiche a Danz³⁶, opera tenuta in considerazione da Messina, che egli cita insieme alle tesi di Carnelutti³⁷, di Calamandrei³⁸, alla voce di Grassetti sul Nuovo Digesto Italiano³⁹. Pacchioni ritiene che la tesi tradizionale sia da preferire perché se l'oggetto della interpretazione è la volontà dei contraenti ogni regola sulla interpretazione avrebbe per inusitato la sostituzione della volontà del giudice a quella dei contraenti. Ed usa ancora una argomentazione pratica: nel caso in cui il giudice si dovesse persuadere che la volontà delle parti diverge dalla propria, si ingegnerà di dimostrare che il criterio interpretativo dettato dalla legge non è applicabile al caso in esame.

Sulla base di quanto argomentato da Messina è facile superare le convinzioni di Pacchioni: la volontà delle parti sarà sempre quella che il giudice avrà dichiarato essere, perché solo la volontà evidenziata nella sentenza è la volontà riconoscibile come tale; altrimenti si cadrebbe nello psichico volitivo, senza costrutto e senza confini alla immaginazione. Ma proprio perché le regole sono vincolanti - anche se espresse con formule assai generali - si può fissare un argine alla discrezionalità del giudice. Che poi il giudice attribuisca alle parti la propria concezione di volontà comune è altra cosa: non è solo un'apprezzabile conclusione giusrealistica, è anche una necessaria conseguenza del fatto che solo componendo il conflitto tra le parti mediante un giudizio si riesce ad accertare la verità processuale. E solo individuando la violazione di criteri fissati dalla legge sarà possibile sindacare la correttezza del processo ermeneutico.

7. Le regole giurisprudenziali nell'applicazione degli artt. 1362-1371 del Codice civile vigente.

Le regole di interpretazione codificate nel 1942 presentano aspetti che la dottrina preferisce trattare in una prospettiva più teorica che pratica: scarsi sono i riferimenti all'opera della giurisprudenza, scarse sono le annotazioni dedicate a pronunce in questo settore.

36. Die Auslegung des Rechtsgeshaefte, Jena, 1897.

37. L'interpretazione dei contratti e il ricorso in Cassazione, in Riv. dir. comm., 1922, I, p. 140 ss.

38. La Cassazione civile, II, Torino, 1920, p. 369 n.3.

39. Grassetti poi riprenderà la tesi nella sua monografia sulla interpretazione del contratto del 1937.

Si tende, in altri termini, ad accreditare la semplicità interpretativa delle norme, quasi che esse, con la loro formulazione talvolta ambigua, talvolta poco precisa, siano precetti che non richiedono una particolare attenzione da parte del giurista. Forse, questo atteggiamento è dovuto alla ripetitività delle massime, e alla pedissequa conferma dei principi elaborati dalla teoria tradizionale. Eppure, se si esaminano le sentenze, si possono aprire varie questioni, non sempre agevoli: se l'interpretazione delle norme di ermeneutica contrattuale sia stata uniforme, nei quarant'anni che seguono al 1942; se il richiamo agli artt. 1362 ss. cod. civ. sia meramente formale, o sia davvero utile alla individuazione del significato contrattuale; se si siano delineate eccezioni, o indirizzi minoritari; qual rilievo possa avere la interpretazione «oggettiva», se – in conformità alle tesi della tradizionale – le si debba riservare un ruolo marginale, suppletivo.

Analizzando i dati di fatto, le circostanze che di volta in volta occorrono, e poi le argomentazioni dei giudici, si avverte con chiarezza che spesso il giudice «fa il contratto per le parti»: non si arresta all'analisi formale, alla lettera, ma nel ricostruire la «volontà reale» inevitabilmente modifica il regolamento, anche se non opera in modo arbitrario. Di qui, la consapevolezza che, dietro gli schermi formali, la manipolazione del testo – resa necessaria per salvaguardarne gli effetti e per arrivare ad un significato plausibile – è un fatto obiettivo e insopprimibile.

Interpretazione letterale

a) Il linguaggio delle parti

I problemi aperti dall'art. 1362, comma 1, in base al quale l'interpretazione del contratto deve avere riguardo non solo al senso letterale delle espressioni usate ma anche alla comune intenzione dei contraenti sono molteplici.

Intanto, il problema della *letteralità*. Le parti, come è ovvio, usano le espressioni che sono proprie del loro linguaggio, spesso impreciso, non tecnico, creato dal patrimonio culturale individuale dall'ambiente, dalla prassi, e così via. Inteso come complesso di segno di comunicazione, il linguaggio delle parti deve essere indagato dapprima nella sua formula espressiva, e poi nella sua rilevanza oggettiva. Con l'avvertenza, tuttavia, che il linguaggio usato da una parte in tanto può esser tenuto presente e considerato rilevante, in quanto sia connesso con la possibilità di attribuirgli significato da controparte: ciò che si deve indagare è infatti non l'intenzione individuale soggettiva isolata, ma la *comune* intenzione e quindi occorre considerare come controparte ha inteso, o avrebbe potuto o dovuto intendere il segno linguistico (dando rilievo al suo *affidamento*).

Così accade per l'uso di espressioni dialettali, che devono essere intese non tanto ricostruendo l'interna volontà di chi le usa, quanto piuttosto con riferimento al tipo di operazione e all'ambiente circostante, e all'uso commerciale del luogo⁴⁰.

40. Cass., 22 giugno 1972, n. 2055.

b) *Volontà tacita e volontà espressa*

Il giudice deve tener conto, poi, della integrazione espressa dai contraenti, e non di quella non espressa, non portata all'esterno. A meno che non si dia luogo alla presupposizione contrattuale⁴¹ la volontà interna non ha rilevanza alcuna. Questo aforisma si è seguito al momento di interpretare una clausola di un contratto di assicurazione contro i danni, e chiarire se i danni risentiti per la circolazione di un veicolo industriale si potessero ricomprendere nel rischio assicurativo circoscritto alla circolazione di autoveicoli⁴².

c) *Volontà e dichiarazione*

In materia di interpretazione dei contratti si riproduce, in dottrina, la contrapposizione che deriva dalla tendenza a concepire il negozio o come atto essenzialmente di volontà riducendo a tale misura i problemi del suo trattamento, o, alternativamente, a identificarlo con la mera dichiarazione esteriore. Così se, da un lato, si ritiene che oggetto dell'interpretazione sia in definitiva la volontà negoziale, l'attività dell'interprete deve dirigersi principalmente alla ricerca di questo interno volere sostanziandosi nell'accertamento con tutti i mezzi consentiti, del fatto psichico o, comunque dell'iter psicologico di formazione della volontà⁴³. Di contro, se si ritiene che l'interpretazione debba cadere prevalentemente sul comportamento esteriore come si è realizzato nel dato testuale ed in ogni manifestazione esterna rilevante, in vista dell'aspettativa che può suscitare, l'attività interpretativa tenderà a concretarsi in un giudizio dal punto di vista oggettivo esteriore del significato del negozio⁴⁴. Pertanto, la parte della dottrina che aderisce alla teoria soggettivistica del negozio ritiene di attribuire all'art. 1362 cod. civ., secondo cui, per una corretta interpretazione del contratto non ci si deve limitare al senso letterale delle parole, ma occorre indagare quale sia stata la comune volontà dei contraenti, il valore di una convergenza del dato normativo con la tendenza volontaristica nell'interpretazione, la quale risulterebbe da ciò che, nel contrasto tra volontà e dichiarazione, ci si deve attenere, per determinare il significato del contratto, all'indagine sull'intento reale degli stipulanti⁴⁵. Senonché, come è stato rilevato in dottrina⁴⁶ ed è efficacemente ribadito dalla sentenza che si riporta, l'indagine sull'interno volere non può certo esaurire il compito dell'interpretazione del contratto, che costituisce il frutto dell'accordo di almeno due soggetti e di due volontà. Ché, anzi, il rinvio che il legislatore fa alla comune intenzione delle parti, e non, ad esempio, a quella del solo dichiarante (sulla divergenza dei criteri interpretativi del contratto, frutto dell'accordo di più parti, rispetto al testamento, espressione di ultima volontà del

41. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.

42. App. Firenze, 26 novembre 1973.

43. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Milano, 1947, p. 223 ss.

44. E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 335.

45. G. STOLFI, cit., p. 105 e 225; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 719.

46. R. SCOGNAMIGLIO, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1961, p. 177.

solo disponente, P. Rescigno) sta proprio a significare che l'interprete, piuttosto che fondarsi sul punto di vista o sull'aspettativa dell'uno o dell'altro contraente, deve indagare sul contenuto reale dell'accordo.

In questo senso si è manifestata anche la giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui, «se è vero che il giudice è tenuto ad indagare quale sia stata la comune volontà dei contraenti, è altresì vero che – qualora il senso letterale della convenzione riveli, per le espressioni usate, siffatte volontà, e non risulti alcuna ragione di divergenza fra lettera e spirito della convenzione – un'ulteriore interpretazione è inammissibile in quanto condurrebbe il giudice a sostituire la propria soggettiva opinione alla volontà effettiva dei contraenti»⁴⁷. Del pari, secondo Cass., 24 novembre 1959, n. 3456 il giudice, nell'accertare a norma, dell'art. 1362 l'effettiva volontà delle parti, deve partire innanzitutto dal significato letterale delle parole adoperate, e, quando tale significato appare univoco, secondo le regole del linguaggio corrente, egli può discostarsi da esso solo se considera e indica le ragioni per le quali gli autori del negozio, pur essendosi espressi in un dato senso, abbiano in realtà voluto manifestare una volontà diversa.

La divergenza tra volontà e dichiarazione dà luogo ad errore ostativo. In uno dei primi casi decisi dalla Suprema Corte dopo l'ingresso del nuovo codice civile, si rileva – con riferimento ad una scrittura dalla quale emergeva questo contrasto – che nella nuova disciplina si dà annullamento del contratto⁴⁸.

d) *Volontà scritta e prove orali contrastanti.*

La intenzione delle parti deve essere acclarata in ordine a quanto emerge dalla scheda contrattuale o testamentaria: non è possibile far prevalere su quanto è scritto una volontà diversa, documentata con prove orali intese a ricostruire la volontà originaria, se la Volontà scritta è di per sé chiara.

Nel caso di specie, si trattava di interpretare un'espressione cori-tenuta in un contratto preliminare, in cui un terzo prometteva di «garantire» il contratto (si doveva intendere allora per garantire la conclusione del definitivo o per garantire l'adempimento del definitivo una volta che esso fosse concluso?)⁴⁹.

e) *Volontà polisensa, argomentazioni interpretative.*

Nel distinguere i criteri di interpretazione della legge da quelli di interpretazione del contratto la dottrina precisa che tutti i criteri utilizzabili per l'interpretazione della legge sono applicabili anche al contratto, in quanto compatibili con il processo ermeneutico diretto ad acclarare la comune intenzione delle parti; tra di essi, si esclude, allora, il criterio dell'interpretazione analogica, mentre è ammesso quello dell'interpretazione autentica, dell'interpretazione logico-formale, e così via.

47. Così Cass., 14 febbraio 1956, n. 419.

48. Cass., 15 febbraio 1943 (Tomsic c. Doleni).

49. Cass., 12 luglio 1980, n. 4480.

Si discute se – di fronte ad espressioni polisense – sia possibile ricorrere all'argomentazione indiretta o per *absurdum*.

Nel caso di specie si trattava di interpretare una scheda testamentaria in cui la testatrice aveva voluto beneficiare una figlia e trattare in modo equo gli altri figli⁵⁰.

Quanto all'interpretazione «logica», si possono individuare almeno due accezioni del termine: quella che attiene alla logica interna della dichiarazione (non contraddittorietà) e quella che attiene alla compatibilità tra la dichiarazione e il significato dell'affare concluso, eventualmente correlato con gli affari di egual natura correnti nel luogo; come si vede il criterio ermeneutico letterale si intreccia con gli altri di c.d. interpretazione oggettiva, e risulta impossibile (se non pretestuoso) sceverare i criteri soggettivi dai criteri obiettivi.

Questo aforisma si è applicato in un caso in cui si trattava della costruzione di una villetta, ove il committente voleva ricavare un «terrazzo-veranda»; si doveva allora costruire un vano vero e proprio, abitabile, o era sufficiente una tettoia di copertura di un terrazzo aperto? La Corte ha fatto impiego del criterio del *prezzo* per individuare il piano economico delle parti⁵¹.

f) *Il principio di gerarchia dei criteri e la sussidiarietà dei criteri di c.d. interpretazione oggettiva.*

La istituzione di un rapporto di gerarchia tra i principi interpretativi, in cui ha prevalenza l'interpretazione soggettiva e si afferma la sussidiarietà, dell'interpretazione oggettiva è linea costante dell'orientamento della giurisprudenza.

La Suprema Corte ha riaffermato il «principio di gerarchia» tra i criteri ermeneutici, affermando la liceità del ricorso ai criteri di interpretazione «oggettiva» solo nelle ipotesi in cui la precedente applicazione dei criteri di interpretazione soggettiva sia risultata insufficiente. La posizione della Corte è chiara⁵². Vi si sostiene che l'interprete deve indagare sulla comune intenzione delle parti riferendosi «in primo luogo al significato letterale delle espressioni da esse adoperate, e soltanto ove tale criterio ermeneutico si appalesi inadeguato per genericità, equivocità o incompletezza delle espressioni usate può far ricorso alla valutazione del comportamento complessivo delle parti e ad altri criteri sussidiaria previsti dalle successive disposizioni»⁵³.

La dottrina prevalente è concorde con la giurisprudenza nell'ammettere il «principio di gerarchia» tra le regole di interpretazione, che si presenta come logica conseguenza della tesi che riconduce il problema dell'interpretazione a quello dell'accertamento della volontà soggettiva delle parti, rivolta ad escludere l'intervento del giudice nel contratto, considerato pericoloso per la certezza del diritto, e lesivo dell'autonomia dei contraenti.

50. Cass., 2 ottobre 1974, n. 2560.

51. Cass., 27 luglio 1973, n. 2210.

52. Cass., 15 settembre 1970, n. 1483.

53. Nel medesimo senso si possono inoltre vedere, tra le altre, Cass., 3 gennaio 1970, n. 7; Cass., 17 aprile 1970, n. 1098; Cass., 7 aprile 1970, n. 957; Cass., 3 febbraio 1971, n. 248.

Tale visione gerarchica dei criteri di interpretazione era già accolta sotto il vigore del codice abrogato, come letteralmente affermava Grassetti [1941], ed è tuttora seguito dalla maggioranza della dottrina. Così per Messineo [1961] l'interpretazione «è operazione logica, con funzione esplicativa o di chiarimento (ricostruzione di un pensiero o di una situazione)». Sulla stessa linea di pensiero si colloca Stolfi [1947], il quale, a proposito dell'applicazione dello «sconcertante» art. 1371, e cioè dell'ultimo strumento concesso al giudice per interpretare il contratto, non nasconde il timore che la formula adottata «possa indurre il giudice a credersi autorizzato a rifare il contratto secondo il proprio ideale di equità e di giustizia, neglignendo ciò che le parti hanno voluto». In particolare per una negazione (sempre motivata dal timore dell'intervento del giudice nella regolamentazione della disciplina contrattuale, in ossequio al principio dell'autonomia contrattuale) dell'efficacia generale del criterio dell'«equo pareggiamento degli interessi» Contenuto nell'art. 1371 cod. civ., si è di recente espresso Messineo [1961]. In una diversa prospettiva si pone invece al riguardo Bessone, per il quale tale articolo va collocato nel contesto di una serie di norme volte ad affermare tale principio. Non sono comunque mancati gli autori che hanno operato una critica alla teoria tradizionale ed al preconetto da cui tale concezione prende le mosse, in base al quale oggetto dell'interpretazione non sarebbe la dichiarazione o il comportamento delle parti, ma direttamente la loro volontà. Il discorso viene condotto nel più ampio quadro della critica al dogma della volontà, dogma da cui deriva la visione dell'attività interpretativa come operazione rivolta alla ricerca della volontà «vera» dei contraenti, quasi fosse un mero fattore psicologico da accertare, senza alcun riferimento al fatto sociale della sua oggettiva riconoscibilità. Così, pur accettando la distinzione di criteri ermeneutici in soggetti ed oggettivi, si è da taluno chiarito come anche i primi debbano essere volti alla ricerca della comune intenzione delle parti «geneticamente ricostruita nella sua oggettiva riconoscibilità»⁵⁴. Sempre nella prospettiva di una «diminuzione di significato dell'attività dei contraenti ai fini della costruzione del regolamento contrattuale» è stata sottolineata da un prezioso contributo in materia⁵⁵ la necessità di una ricerca volta ad indagare se «oltre il fragile schermo della rubrica dell'art. 1374, altre norme adempiano alla medesima funzione degli strumenti indicati in quell'articolo»⁵⁶, indicando l'insufficienza della prospettiva tendente a risolvere il problema dell'integrazione del contratto nello schema scolastico della distinzione fra interpretazione ed integrazione. Nella medesima linea è stata di recente sostenuta la necessità che il giudice proceda ad «interpretare le clausole del contratto l'una per mezzo delle altre, procurando di identificare l'oggetto del negozio al di là delle espressioni generali impiegate, di intendere ogni singola pattuizione o enunciazione nel senso più favorevole alla natura del contratto e,

54. E. BETTI, 1950, p. 329 ss.

55. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 13.

56. S. RODOTÀ, op. cit., p. 10.

in breve, di utilizzare tutti i criteri ermeneutici offerti dagli arti. 1362-1371»⁵⁷. Avversa la tesi che riconduce i problemi di interpretazione all'accertamento della volontà soggettiva delle parti anche Cataudella (1966).

Una breve analisi delle tecniche di interpretazione del contratto impiegate dai giudici rivela l'operare delle diverse norme in modo paritetico, quasi che i criteri indicati dal codice dovessero applicarsi tutti e contemporaneamente, anche se poi si continua a prestare ossequio al principio di gerarchia.

8. La creatività all'opera.

Se si scorrono gli ultimi vent'anni di giurisprudenza in materia di interpretazione del contratto ci si avvede che le massime sono ripetitive e ben rari sono i mutamenti di orientamento della Corte di Cassazione. Si può dire che in questa materia si è ormai consolidata una serie di principi e regole tratti dalle disposizioni del codice civile e che la loro compattezza è difficile da scalfire. Dal punto di vista dottrinale, e ancor più, dal punto di vista professionale, aprire nuovi orizzonti ermeneutici appare poco agevole. La ripetitività può ovviamente essere giustificata dalla convinzione che lo stadio di elaborazione raggiunto sia soddisfacente e quindi non sia necessario apportare modifiche ad un complesso di asserzioni condivise. Oppure dalla persuasione che sia appagante percorrere le vie tradizionali piuttosto che non aprire vie nuove. Nell'uno e nell'altro caso le valutazioni sono diverse a seconda che a farle sia il giudice di merito oppure il giudice di legittimità: il primo, discostandosi dall'orientamento consolidato, si esporrebbe al rischio della riforma della sua decisione, e potrebbe temerne gli effetti negativi; il secondo, non avendo custodi di rango superiore, potrebbe anche osare, ma cambiare un indirizzo è sempre costoso in termini di tempo e di fatica. Vi è poi il valore (meglio, il problema) della nomofilachia, che oggi lo stesso legislatore, riformando prima il disposto dell'art. 360 bis cod. proc. civ., poi il disposto dell'art. 360 cod. proc. civ., ha voluto rafforzare, preoccupandosi di più del numero dei ricorsi e dell'arretrato che non di garantire la corretta considerazione di quel principio, che tende alla applicazione uniforme della legge, al fine di rendere prevedibili le decisioni e assicurare maggior certezza del diritto.

Anni fa, all'esito di una ricerca sulla interpretazione del contratto, avevamo raggiunto alcuni risultati: punti fermi documentati dalle decisioni esaminate, che, però non hanno prodotto particolari innovazioni⁵⁸.

Le regole di natura processuale

Cominciamo dalle regole di natura processuale che governano l'impugnazione di una decisione che verta sulla interpretazione del contratto. È *ius receptum* che in questa materia i

57. M. BESSONE, *Adempimento*, cit., pp. 322-323.

58. G. ALPA, G. FONSI, G. RESTA, *L'interpretazione del contratto*, Milano, 2002.

motivi di impugnazione possono essere due: la violazione di norme di legge (quindi, gli artt. da 1362 a 1371 cod.civ.) e la carenza o insufficienza della motivazione (art.360 c.1, nn.3 e 5).

Ma i due motivi non sono tra loro indipendenti: non è sufficiente denunciare la violazione di legge, perché occorre anche spiegare la ragione per la quale il giudice del merito, avendo violato la legge, ha emanato una sentenza illogica o insufficiente. Ancora, bisogna muovere dalla interpretazione effettuata dal giudice e non proporre ex novo una diversa interpretazione delle norme del contratto che porterebbero ad un suo diverso significato, perché questa soluzione porterebbe ad un giudizio sul merito e non sulla legittimità.

Chiarisce questo orientamento una decisione della sezione lavoro⁵⁹:

«L'interpretazione di un atto è tipico accertamento in fatto riservato al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità, se non nell'ipotesi di violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale, di cui agli art. 1362 e seg. c.c., o di motivazione inadeguata, ovvero sia non idonea a consentire la ricostruzione dell'*iter* logico seguito per giungere alla decisione; pertanto, onde far valere una violazione sotto il primo profilo, occorre non solo fare puntuale riferimento alla regole legali d'interpretazione, mediante specifica indicazione dei canoni asseritamente violati ed ai principi in esse contenuti, ma occorre, altresì, precisare in quale modo e con quali considerazioni il giudice del merito se ne sia discostato, con l'ulteriore conseguenza dell'inammissibilità del motivo del ricorso che si fondi sull'asserita violazione delle norme ermeneutiche o del vizio di motivazione e si risolva, in realtà, nella proposta di una interpretazione diversa (nella specie la suprema corte ha dichiarato inammissibile la censura dei ricorrenti, contenente un'interpretazione della disciplina pattizia della partecipazione degli ex dipendenti non dirigenti della Stet spa al Fais – fondo per l'assistenza sanitaria integrativa del personale non dirigente Stet in liquidazione – e della natura delle contribuzioni versate in loro favore dalla società, diversa da quella contenuta nella sentenza impugnata, che aveva escluso la sussistenza di un rapporto di corrispettività fra le prestazioni rese dal Fais a favore dei pensionati e le prestazioni lavorative in precedenza effettuate dai medesimi, con conseguente negazione dell'esistenza di diritti acquisiti da parte dei pensionati, come tali intangibili *in peius* per effetto delle pattuizioni collettive modificative degli accordi che quelle erogazioni avevano disciplinato)».

Cass. Sez.I, 12.1.2010, n. 259:

«L'interpretazione di un atto negoziale è tipico accertamento riservato al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità, se non nell'ipotesi di violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale, di cui agli art. 1362 seg. c.c. o di motivazione inadeguata ovvero sia non idonea a consentire la ricostruzione dell'*iter* logico seguito per giungere alla decisione»⁶⁰.

59. Cass. 30.4.2010, n. 10554.

60. In Giur. it., 2010, 1303.

Tuttavia, se i motivi sono distinti, e ciascuno di essi può essere sufficiente a fondare il ricorso, per quale ragione in materia di interpretazione non sarebbe sufficiente ciascuno di essi? È agevole comprendere che una motivazione sia contraddittoria, se non risponde a criteri di logica, se il ragionamento non è sequenziale, se si apriva di quei passaggi che rendano persuasivo il discorso. È altrettanto agevole comprendere se siano stati violati i canoni di interpretazione – quindi vi sia stata violazione di legge – quando la motivazione si sorregga su canoni diversi da quelli espressamente accolti nelle disposizioni del codice o faccia riferimento a documenti e fatti estranei al contratto che si deve interpretare.

Ancora. Si è aggiunto il canone dell'autosufficienza del ricorso:

«In tema di interpretazione del contratto, onde far valere la violazione dei canoni legali d'ermeneutica ed il vizio di motivazione nell'indagine sulla comune volontà delle parti, il ricorrente per cassazione – per il principio di specificità ed autosufficienza del ricorso – deve riportare il testo integrale della regolamentazione pattizia del rapporto nella sua originaria formulazione, o della parte in contestazione, precisare quali norme ermeneutiche siano state in concreto inosservate e specificare un qual modo e con quali considerazioni il giudice di merito se ne sia discostato. Ne consegue che, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, non è idonea la mera trascrizione di massime giurisprudenziali in materia senza una specifica esposizione ed un'esauriente dimostrazione delle ragioni per le quali il giudice di merito, nel pervenire alle conclusioni espresse nella sentenza impugnata, abbia operato in contrasto con i principi stabiliti nelle massime stesse»⁶¹.

«L'interpretazione della volontà delle parti in relazione al contenuto di un contratto o di una qualsiasi clausola contrattuale importa indagini e valutazioni di fatto affidate al potere discrezionale del giudice del merito, non sindacabili in sede di legittimità ove non risultino violati i canoni normativi di ermeneutica contrattuale e non sussista un vizio nell'attività svolta dal giudice di merito, tale da influire sulla logicità, congruità e completezza della motivazione. Peraltro, quando il ricorrente per cassazione censuri l'erronea interpretazione di clausole contrattuali da parte del giudice del merito, per il principio di autosufficienza del ricorso, ha l'onere di trascriverle integralmente perché al giudice di legittimità è precluso l'esame degli atti per verificare la rilevanza e la fondatezza della censura»⁶².

Ma proprio a questo proposito cominciano i problemi.

61. Cass. 1 aprile 2003, n. 4905 e n. 4948; 5 settembre 2003, n.13012; 7 dicembre 2004, n. 22979; 21 aprile 2005, n. 8296; 28 luglio 2005 n.15798; 2 agosto 2005, n. 16132, *Giust.civ.*, 2006, I, 2083 con nota diffusa di F. Montaldo sull'autosufficienza del ricorso, anche con riguardo alla recente riforma; cass. 18 novembre 2005, n. 24461.

62. Cass. 18 novembre 2005, n. 24461, *Contratti* 2006, 867, con nota di Toschi Vespasiani; 6 febbraio 2007, n. 2560; 22 febbraio 2007, n. 4178.

Canoni interpretativi non previsti dal codice ma aggiunti dalla giurisprudenza

Sono dieci le disposizioni sull'interpretazione del contratto, e quindici i canoni indicati, tre contenuti nell'art. 1362 cod.civ. (comune intenzione, comportamento, senso letterale delle parole), due contenuti nell'art. 1368 (pratiche generali, pratiche del luogo dell'impresa), altri due contenuti nelle regole finali previste dall'art. 1371, a proposito dei contratti a titolo gratuito e dei contratti a titolo oneroso; le altre regole contengono un canone ciascuna (interpretazione complessiva, espressioni generali, espressioni semplificative, interpretazione di buona fede, conservazione, espressioni con più sensi, *interpretatio contra proferentem*).

A questi canoni occorre però aggiungere quelli che la giurisprudenza ha creato nel corso degli anni, quale vera e propria fonte di produzione di norme, da valersi non solo nel caso singolo, perché, attesa la ripetitività delle massime, ha finito per consolidare una prassi interpretativa destinata ad applicarsi nella generalità dei casi, alla stessa stregua della *lex posita*.

Un canone aggiunto riguarda la distinzione tra norme interpretative *essenziali o principali* e norme interpretative *integrative o sussidiarie*: le prime si riscontrerebbero nei criteri previsti dagli artt. 1362-1365, le altre nei criteri previsti dagli artt. 1366-1371. Questo canone è formulato anche ricorrendo a terminologie diverse: si dice che le norme interpretative debbono essere applicate *gradualmente*, cioè partendo dalle prime, e via via passando alle successive, oppure che vi sia una *gerarchia* tra le norme, sì che se prevalgono le prime non si debbono applicare le seconde, oppure ancora che tra questi criteri esiste una *priorità logica*⁶³:

«In tema di interpretazione dei contratti, le regole contenute negli art. 1362 seg. c.c. oltre a distinguersi in norme interpretative essenziali o principali (art. 1362-1365 c.c.) e in norme interpretative integrative o sussidiarie (art. 1366-1371 c.c.) sono anche tra loro gerarchizzate, sia nel senso che il primo gruppo di norme precede e prevale sulle seconde, sia nel senso che, nell'ambito delle norme interpretative principali, quella sulla funzione, prevale sulle altre e, in particolare, su quelle strutturali linguistiche, quali sono la norma relativa al senso letterale delle parole e la norma sull'intera dichiarazione composta, perché le norme sulla struttura dichiarativa sono strumentali rispetto allo scopo che le parti intendono conseguire, cosicché le norme sull'intenzione delle parti sono dotate di una priorità logica, che è confermata anche dalla loro precedenza nel testo del codice civile».

Un altro canone aggiunto a quelli di legge è desunto dal brocardo *in claris non fit interpretatio*. Su di esso ci siamo spesi in molti a contestarne la logicità, prima ancora della utilità, ma inutilmente. È evidente che se si qualifica una clausola come “chiara”, la si è già interpretata, si è già fatto ricorso a criteri (non enunciati) per individuarne il significato e il giudice dunque si è rifiutato di spiegare perché, essendo “chiara” la clausola, non ha proceduto ad avviarne il processo ermeneutico.

63. V. ad es. Cass.civ.sez.trib., 26.9.2008, n. 24209.

Questo brocardo continua ad imperversare nella giurisprudenza della Suprema Corte⁶⁴:

«In tema di interpretazione del contratto l'art. 1362 pone il principio non dell'interpretazione letterale bensì della ricostruzione della volontà delle parti, in ordine alla quale il tradizionale e non codificato principio *in claris non fit interpretatio* postula che la formulazione testuale sia talmente chiara da precludere la ricerca di una volontà diversa, ciò che costituisce peraltro propriamente il *thema demonstrandum*, e non già premessa argomentativa di fatto».

Ma per fortuna il vento sta cambiando, ed ora si registrano pronunce in cui il brocardo si cita *en passant*, oppure lo si critica apertamente.

In altri termini, se ne riconosce la vigenza, anche se non lo si considera un imperativo:

«Il principio *in claris non fit interpretatio*, anche se non può essere inteso nel suo significato letterale, posto che al giudice del merito spetta sempre l'obbligo di individuare esattamente la volontà delle parti, è sostanzialmente operante quando il significato delle parole usate nel contratto sia tale da rendere, di per sé stesso, palese l'effettiva volontà dei contraenti, nel quale caso l'attività del giudice può – e deve – limitarsi al riscontro della chiarezza e univocità del tenore letterale dell'atto per rilevare detta volontà e diventa inammissibile qualsiasi ulteriore attività interpretativa che condurrebbe il giudice a sostituire la propria soggettiva opinione alla volontà dei contraenti»⁶⁵.

In altre pronunce, lo si affronta direttamente per superarlo:

«Tra i principi di ermeneutica non vige quello *ubi verba sunt clara non debet admitti voluntatis quaestio*. Il giudice non deve limitarsi al senso letterale delle parole, ma deve ricercare la volontà che con esse si è inteso esprimere; al qual fine non può prescindersi dal criterio teleologico, il quale esige che l'intenzione dell'autore del negozio e la concreta portata dello stesso siano individuati in funzione dello scopo pratico che egli si propone di raggiungere»⁶⁶.

«Nell'interpretazione del contratto, il dato testuale, pur assumendo un rilievo fondamentale, non può essere ritenuto decisivo ai fini della ricostruzione del contenuto dell'accordo, giacché il significato delle dichiarazioni negoziali può ritenersi acquisito solo al termine del processo interpretativo, il quale non può arrestarsi alla ricognizione del tenore letterale delle parole, ma deve estendersi alla considerazione di tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore, anche quando le espressioni appaiano di per sé "chiare" e non bisognose di approfondimenti interpretativi, dal momento che un'espressione *prima facie* chiara può non apparire più tale, se collegata ad altre espressioni contenute nella stessa dichiarazione o posta in relazione al comportamento complessivo delle parti»⁶⁷.

64. V. ad es. in Cass. 13.7.2004, n. 12957.

65. Cass. 15 maggio 1987, n. 4472; 29 novembre 1988 n. 6445.

66. Cass. 26 gennaio 1962, n. 142, *Sett.cass.* 1962, 130; 5 aprile 1963 n. 870.

67. Cass. 10 ottobre 2003, n. 15150.

Le pronunce di merito che invocano il brocardo *in claris* dovrebbero essere tutte riformate perché costituiscono una chiara volontà del giudice di non procedere alla applicazione dei canoni interpretativi, ancorché ne sia stato richiesto dalle parti.

Appare un po' singolare (peccato, un'occasione persa!) la pronuncia nella quale il brocardo è giustificato con argomentazione comparatistica, ritenendo che esso sia assimilabile alla regola ermeneutica inglese della *parola evidence rule* che si differenzia dalla *construction*. In realtà, la prima si avvicina alla interpretazione letterale e la seconda alla interpretazione integrativa. Così recita la massima:

«L'interpretazione letterale ha anche nel diritto inglese – in cui si distingue tra *interpretation* intesa come esegesi della volontà espressa e *construction* diretta a ricostruire la volontà secondo criteri oggettivi – almeno in linea di principio la stessa portata e lo stesso ruolo previsto dalla disciplina italiana, corrispondendo la *parola evidence rule* al brocardo *in claris non fit interpretatio*, il quale vieta al giudice di ricorrere ad ulteriori strumenti ermeneutici quando, all'esito di un procedimento interpretativo, ritenga che dai termini usati dalle parti emerga con chiarezza e univocità la loro comune intenzione»⁶⁸.

Un canone aggiunto anni fa, ed ora in via di regresso, riguarda la distinzione tra interpretazione *soggettiva* e interpretazione *oggettiva*: che sia in regresso lo si può arguire dal fatto che queste aggettivazioni non sono più frequenti come un tempo. Come si sa esse erano state introdotte da Cesare Grassetto nel suo libro sull'interpretazione del contratto nel 1937 e poi migrate nei manuali e nella Relazione al Re (nn. 622 ss.). L'interpretazione soggettiva sarebbe da preferirsi a quella oggettiva perché diretta a ricostruire la volontà delle parti e quindi ad essere la più aderente alla libertà contrattuale, mentre quella oggettiva (e ancor più quella secondo buona fede) implicherebbe l'intervento del giudice perché sarebbe luogo ad una interpretazione che supera la volontà dei contraenti e si affida a criteri oggettivi. In realtà, la distinzione è persa subito dubbia e da riprovarsi⁶⁹ perché anche tra le regole di c.d. interpretazione soggettiva vi sono canoni oggettivi. In più, la Relazione, in quei passi citati particolarmente efficace, spiega con argomenti ideologici (che oggi si potrebbero convertire in argomenti logici) come si debba ricorrere anziché ad accertare la volontà soggettiva delle parti alla applicazione dei principi di affidamento, solidarietà e certezza dei rapporti: principi che vigono ancor oggi, e che trovano il loro fondamento nella Costituzione (artt.2,3,41) piuttosto che non nell'ideologia fascista.

Sono canoni aggiunti anche quelli che riguardano gli atti unilaterali, per cui nessuna previsione è data, se non quella che rendere compatibili le disposizioni sul contratto in generale con la natura dell'atto unilaterale (art.1324 cod.civ.). Si possono includere in questa categoria i canoni relativi alla interpretazione del testamento.

68. Cass. 2 novembre 1995 n. 11392, in Giur.it. 1997, I, 1, 384.

69. G. OPPO, *L'interpretazione del contratto*, Padova, 1944.

Contrasti giurisprudenziali

Permangono i contrasti giurisprudenziali sulla applicazione dei singoli canoni di legge.

Se si debba cioè prima accertare il *significato letterale* delle parole, oppure ricercare la *comune intenzione* delle parti (come a mio modo di vedere si dovrebbe procedere).

Ecco qualche esempio di contrasto:

«Nell'interpretazione delle clausole contrattuali il giudice di merito, allorchè le espressioni usate dalle parti fanno emergere in modo immediato la comune volontà delle medesime, deve arrestarsi al significato letterale delle parole e non può fare ricorso ad ulteriori criteri ermeneutici, il ricorso ai quali, fuori dell'ipotesi di ambiguità della clausola, presuppone la rigorosa dimostrazione dell'insufficienza del mero dato letterale ad evidenziare in modo soddisfacente la volontà contrattuale⁷⁰».

E ancora:

«L'art. 1362, allorchè prescrive all'interprete di non limitarsi al senso letterale delle parole, lungi dallo svalutare l'elemento letterale, intende ribadire il carattere fondamentale e prioritario che esso assume nella ricerca della comune intenzione delle parti, nel senso che solo nel caso in cui le espressioni letterali non siano chiare, precise ed univoche, è consentito di ricorrere alle altre regole ermeneutiche di carattere sussidiario⁷¹».

Sembra però avviarsi al consolidamento l'indirizzo che si incentra sul comportamento delle parti e quindi su di un criterio oggettivo di interpretazione:

«In tema di interpretazione della volontà delle parti (con riferimento, nella specie, ad una transazione avente ad oggetto, oltre agli emolumenti a titolo di trattamento di fine rapporto e di incentivo all'esodo, anche le modalità di pagamento degli stessi e il relativo termine), quando il giudice del merito abbia individuato l'ambito dell'accordo sulla base delle pretese dedotte in giudizio ed abbia ricostruito la comune intenzione delle parti in base al testo sottoscritto, desumibile peraltro anche dal comportamento successivo delle medesime (nella specie dichiarazione liberatoria sottoscritta dal lavoratore all'atto della riscossione), l'interpretazione non è sindacabile in sede di legittimità, restando irrilevante l'oggetto della transazione purchè le rinunce fatte dal lavoratore non rientrino nella disciplina dell'art. 2113, ma in quelle dell'art. 1965⁷²».

70. Cass., 28 settembre 1994, n. 7895; 15 febbraio 1994, n. 1487, *Foro it.*, 1995, I, 2554, in una specie in cui la S.C. ha ritenuto che l'espressione "le votazioni hanno luogo a schede segrete" stia ad indicare che la votazione per l'elezione a cariche sociali deve avvenire per voto segreto e non anche a mezzo di schede vergini; Cass. 20 marzo 1996 n. 2372; 29 novembre 1999 n. 13351; 30 maggio 2000 n. 7142; 1 agosto 2001 n. 10493; 2 agosto 2002 n. 11609; 8 gennaio 2003 n. 83; 5 febbraio 2004 n. 2153.

71. Cass. 3 gennaio 1970 n. 7; 2 luglio 1981 n. 4294; 26 gennaio 1982 n. 508; 8 luglio 1983 n. 4626; 25 giugno 1985 n. 3823; 28 giugno 1986 n. 4309; 25 marzo 1992 n. 3693; 20 febbraio 2001 n. 2468; 27 luglio 2001 n. 10290.

72. Cass. 19 agosto 2003 n. 12147.

Sussiste contrasto di indirizzi nel caso di clausola contraria alla legge. Si discute cioè se la clausola debba essere interpretata *secundum legem*, oppure se se ne debba accertare la nullità:

«L'art. 1362 non consente di attribuire alle parti un'intenzione che risulti solamente dalla configurazione astratta ed aprioristica di un precetto di legge da osservare. L'eventuale inosservanza della legge potrà determinare la nullità del contratto, ma non può indurre a ritenere, contro la lettera della convenzione, che le parti abbiano necessariamente voluto adempiere il voto della legge⁷³».

E ancora:

«In mancanza di elementi contrari, la volontà delle parti si deve interpretare nel senso che le stesse abbiano inteso fare riferimento alla regolarità ed alla legittimità dell'attività che forma oggetto del contratto anziché ad una attività contraria a disposizioni di legge⁷⁴».

Poiché la clausola nulla implica l'applicazione della disciplina della nullità parziale, o, in caso di nullità dell'intero contratto, l'applicazione dell'istituto della conversione dovrebbe essere effettuato non sulla base di un processo di interpretazione, ma sulla base di un processo autonomo. Ed in effetti la conversione non è automatica, è solo *possibile*. Ma si controverte sulla questione se si debba accertare l'effettiva volontà delle parti ad avere mediante sentenza un contratto convertito oppure se tale volontà sia ininfluenza.

Se si dovesse seguire una linea coerente con le disposizioni di codice, si dovrebbe pervenire alla risposta favorevole all'accertamento della volontà delle parti, dal momento che il codice prevede una regola sulla *conservazione* del contratto (art. 1367 cod.civ.), sempre però dettata a fini interpretativi: tra i possibili significati si sceglie quello che rende il contratto efficace (*non* quello che rende il contratto valido perché interpretato *secundum legem*).

La conversione però può essere pronunciata d'ufficio dal giudice. Starà quindi al giudice, applicando l'art. 1424, dimostrare che il contratto convertito rispondeva a quanto voluto dalle parti.

L'interpretazione tipologica

Si ritiene che quando il contratto non ponga problemi interpretativi in ordine alla determinazione delle obbligazioni derivanti in capo alle parti non sia necessario procedere alla sua qualificazione⁷⁵.

La pronuncia – ancorché autorevole sia la sua fonte – appare curiosa, dal momento che solo attraverso la qualificazione del contratto si può individuare la sua causa. Che certo, può essere atipica, ma essa ha un suo intrinseco valore⁷⁶.

E quindi solo la qualificazione può consentire di individuarla.

73. Cass. 13 gennaio 1971 n. 43; 22 gennaio 1988 n. 502.

74. Cass. 17 giugno 1974 n. 1758.

75. Cass.sez.un., 28.1.1971, n. 208, in *Giust.civ.*, 1971, I, 1682.

76. sempre che si creda al suo valore: G. ALPA, *Interpretazione*, cit.

La qualificazione del contratto implica altri problemi che non è il caso, in questa sede, di approfondire.

L'interpretazione di buona fede

Una letteratura ormai quasi sterminata si è occupata di interpretazione secondo buona fede, specie da quando si sono riscoperte le clausole generali. All'impiego delle clausole generali da parte del giudice si sono dedicati studi molto approfonditi e pregevoli⁷⁷.

Una ricognizione accurata è stata predisposta dall'Ufficio del Massimario nel 2010 (Rel. n. 116).

Particolarmente significativo è l'indirizzo in base al quale

«I principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 cod. civ., rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte; sotto il secondo profilo, consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto»⁷⁸.

A titolo di esempio di questo indirizzo si consideri il caso in cui la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, in virtù della quale non era stata interpretata secondo il predetto canone della buona fede oggettiva la clausola di un contratto di mediazione, con cui si era stabilito che non era dovuto alcun compenso al mediatore “ad incarico scaduto in caso di mancata vendita”, malgrado il preliminare fosse stato stipulato per l'effettivo ed idoneo intervento del mediatore e il contratto definitivo di vendita non fosse stato concluso per esigenze riconducibili esclusivamente alle parti.

Il principio espresso è che l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, che, nell'ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all'esecuzione del contratto che alla sua formazione ed interpretazione, accompagnandolo, in definitiva, in ogni sua fase⁷⁹.

La discrezionalità del giudice viene però rappresentata non come l'attuazione di un precetto contenente una clausola generale ma piuttosto come l'obbligato procedimento

77. F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983. Di recente si è infittito l'interesse per le clausole generali, che non è mai scemato, per la verità: in particolare v. E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003.

78. Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

79. Cass., Sez. III, 5 marzo 2009, n. 5348.

di adeguamento del contratto alla legge sulla base dell'integrazione e non della interpretazione.

Nel sistema giuridico attuale, l'attività interpretativa dei contratti è legalmente guidata, nel senso che essa risulta conforme a diritto non già quando ricostruisce con precisione la volontà delle parti, ma quando si adegua alle regole legali, le quali, in generale, non sono norme integrative, dispositive o suppletive del contenuto del contratto, ma, piuttosto, costituiscono lo strumento di ricostruzione della comune volontà delle parti al momento della stipulazione del contratto e, perciò, della sostanza dell'accordo. Pertanto, la volontà emergente dal consenso delle parti nel suddetto momento non può essere integrata con elementi ad essa estranei, e ciò anche quando sia invocata la buona fede come fattore di interpretazione del contratto, la quale deve intendersi come fattore di integrazione del contratto non già sul piano dell'interpretazione di questo, ma su quello - diverso - della determinazione delle rispettive obbligazioni, come stabilito dall'art. 1375 cod. civ. (Nella specie, la S.C., sulla scorta dell'enunciato principio, ha confermato la sentenza impugnata e rigettato il ricorso, con il quale si era dedotto che, con riguardo alla controversia relativa alla risoluzione di un contratto di locazione commerciale per assunto inadempimento della locatrice dipendente dalla mancata destinazione dell'immobile alla vendita al dettaglio, la società conduttrice non aveva inteso attribuire al contenuto del contratto un significato in luogo di un altro, ma integrare il contenuto stesso nel senso che il suo oggetto non era la generica locazione di un immobile adibito ad uso diverso dall'abitazione, ma la locazione di un immobile che avesse la menzionata destinazione)⁸⁰.

Sono molte le operazioni che si possono fare con il ricorso alla buona fede.

Si è parlato a questo riguardo di etero integrazione del contratto e di potere correttivo del giudice, di giustizia contrattuale, e persino di "paternalismo" statale. Gli orientamenti della dottrina sono molto contrastati, anche se prevalente è l'indirizzo volto ad agevolare l'applicazione di questa clausola generale.

Gli indirizzi che emergono sia dal diritto contrattuale comunitario, cioè dalle direttive in materia di contratti, sia dal diritto contrattuale uniforme, cioè dal Draft Common Frame of Reference e soprattutto dal Regolamento europeo sulla vendita sono a favore di una applicazione ampia della clausola di buona fede anche in materia di interpretazione del contratto.

80. Cass., 12 aprile 2006, n. 8619.

VARIAZIONI SU USUCAPIONE E IMPRESA

CARLO ANGELICI

Prof. emerito Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

1. Uno dei temi centrali per la discussione giuridica sull'impresa, forse quello più di altri decisivo, attiene da tempo al confronto con i paradigmi assunti alla base del moderno discorso giusprivatistico: la questione in definitiva se, riconosciuta l'originaria estraneità della prima ai dati in considerazione dei quali sono stati storicamente costruiti i secondi, l'esigenza di comprenderla [e certo non solo come fenomeno periferico e marginale¹] possa essere soddisfatta mediante un loro adattamento ovvero richieda la costruzione di nuovi. Un problema che in questo senso mi pare corrispondere appieno ai modi in cui, come ci ha insegnato *Kuhn*, si svolge il pensiero scientifico e al ruolo per esso dei «paradigmi»².

E si tratta di un confronto la cui importanza e significatività è evidenziata dal fatto stesso che ne risulta direttamente coinvolto il paradigma per molti aspetti centrale per la costruzione del diritto privato moderno, il *diritto soggettivo*³: come confermato dalla circostanza che il tentativo più raffinato di fornire dell'impresa una caratterizzazione «civiltistica», quello di *Rosario Nicolò*, ha tentato di ricondurla appunto a tale schema, ma a esso ha dovuto dare caratteristiche in buona parte eccentriche rispetto alla sua versione «classica»⁴. Mentre non è certo privo di rilievo che studiosi del livello di *Paolo Ferro-Luzzi*, *Giorgio Oppo* e *Paolo Spada* abbiano sentito l'esigenza di discutere in merito all'utilizzabilità per l'impresa di un «paradigma» ancora più generale, quello di *fattispecie*⁵.

1. Alludo così alla vicenda storico-culturale per cui la fenomenologia imprenditoriale, certo empiricamente presente da tempo e come tale da tempo ben conosciuta dagli operatori e dai legislatori, è progressivamente emersa anche per la sua idoneità a fornire parametri e criteri per ordinare sistematicamente la disciplina, in particolare quella sua parte che tradizionalmente chiamiamo «diritto commerciale»: un processo storico che si è svolto gradualmente e che ha avuto e ha la sua punta più avanzata nella cultura giuridica italiana, incontrando invece maggiori difficoltà e incertezze in altre che pur con essa hanno storicamente sempre dialogato; cfr. per tutti il libretto di C. CHAMPAUD e J. PAILLUSSEAU, *L'entreprise et le droit commercial*, Paris, 1970, una sorta di manifesto della «scuola di Rennes», e l'ampia ricostruzione storica di P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe, 1965; e per il recente caso del *Unternehmensrecht* austriaco la sintesi in S. KALSS, M. SHAUER e M. WINNER, *Allgemeines Unternehmensrecht*, Wien, 2014, p. 25 ss.; con accenti non del tutto coincidenti P. SPADA, *Boutiquiers e Padri Costituenti*, in AA. VV., *Negozianti e imprenditori*, Milano, 2008, p. 117 ss.; v. pure, più di recente, F. MAZZARELLA, *Percorsi storico-giuridici dell'impresa. Dall'«entreprise» all'«Unternehmen»*, Palermo, 2012.

2. Mi riferisco al fondamentale saggio di TH. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it., Torino, 1969.

3. Ed è infatti notissima la classica affermazione di A. v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, Leipzig, 1910, p. 53, che in esso vede «der zentrale Begriff des Privatrechts».

4. Cfr. naturalmente il saggio *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, (1956), ora in R. NICOLÒ, *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, p. 1599 ss., specialmente, per i profili cui si accenna e che possono assumere rilievo ai nostri fini, p. 1614 ss.

5. Anche questo è un dibattito notissimo e con estrema frequenza richiamato (a volte anche non del tutto a proposito; ma pure in tal modo confermandosi quanto incisivamente abbia improntato e impronti il discorso

Non credo dubbio, peraltro, che i «paradigmi» svolgono o possono svolgere per il pensiero giuridico un ruolo ulteriore rispetto a quello consueto nella ricerca scientifica in senso classico: la loro costruzione non serve soltanto a fornire strumenti concettuali in grado di descrivere e comprendere i dati dell'esperienza (mutando i quali, perciò, si pone il problema se adattarli ovvero abbandonarli e costruirne di nuovi), ma vale anche a orientare l'esperienza stessa, nel senso che sono in grado di influire sul processo interpretativo e con esso sulla realtà applicativa in cui l'esperienza giuridica concretamente si realizza.

Penso anche che questi temi generalissimi, e qui grossolanamente accennati, possano emergere con chiarezza, fra l'altro, quando si considera un'area tematica recentemente oggetto di interventi giurisprudenziali, quella per cui si pone (o sembrerebbe porsi) un problema di applicazione delle regole sull'usucapione nel contesto della (e con riferimento alla) impresa. A questa area tematica vorrei perciò dedicare alcune paginette, offrendole a *Giovanni Furguele*, studioso di sicura sensibilità dogmatica, ma ugualmente attento, anche nella sua attività didattica, ai problemi della pratica e della giurisprudenza.

2. Dico «area tematica» perché mi sembra che la questione non si esaurisca con il problema, indubbiamente centrale, se e come sia possibile un'*usucapione dell'azienda*, ma possa riguardare anche la possibilità di un'*usucapione di partecipazioni sociali* (poi, eventualmente, considerando le possibili varianti quando «incorporate» in titoli o altri indici formali).

Non vi è dubbio, a dire il vero, che l'accostare ovvero distinguere più problemi applicativi è sempre il risultato di scelte valutative, non di mera logica, e può a sua volta condizionare gli esiti della ricerca. Pur riconoscendo ciò, non mancano, a mio parere, ragioni in grado di giustificare (su un piano valutativo, appunto) il tentativo di una considerazione la quale, non necessariamente unitaria quanto ai risultati, tenga complessivamente conto di tali problemi.

A essi mi pare infatti comune, almeno nella più diffusa impostazione, il confronto con alcuni dei paradigmi centrali del pensiero giusprivatistico, in ultima analisi proprio quelli cui si è prima fatto cenno. Come avviene quando il tema dell'usucapione viene impostato, ponendosi dal punto di vista dell'oggetto, chiedendosi se e quale tipo di «bene» possa riconoscersi nell'azienda ovvero nella partecipazione sociale⁶; oppure, ponendosi

giuridico sull'impresa); mi limito perciò a segnalare la sintesi in P. SPADA, *La rivoluzione copernicana (quasi una recensione tardiva ai Contratti associativi di Paolo Ferro-Luzzi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 143 (spec. p. 146); cfr. pure, naturalmente, P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, spec. p. 131 ss. e p. 206 ss.; e G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, (1982), ora in *Scritti giuridici. I. Diritto dell'impresa*, Padova, 1992, p. 239 ss.; e, per una recente valutazione critica, M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. società*, 2013, 1 (p. 33 ss.).

6. Si tratta del più consueto approccio e può essere perciò sufficiente limitarsi a ricordare alcuni recenti interventi relativi all'azienda (e che traggono spunto da vicende giurisprudenziali cui si accennerà in seguito): L. DELLI PRISCOLI, *L'usucapibilità dell'azienda e dell'avviamento*, paper presentato al convegno in Roma 21-22 febbraio 2014; L. BOGGIO, *La proprietà dell'azienda come «bene distinto dai singoli componenti»: possesso ed usucapione*, in *Riv. dir.*

dal punto di vista del soggetto, se abbia un senso e quale discorrere di una «proprietà» dell'una o dell'altra.

Certamente diversi sono i risvolti tecnici di questi interrogativi. Con riferimento all'azienda è centrale la questione se la si possa intendere come un «bene» *altro* rispetto a quelli singoli di cui si compone, e soprattutto secondo quali criteri distinguere fra le vicende in grado di coinvolgerla unitariamente e quelle che debbono invece riferirsi, allora analiticamente, ai singoli beni: con il problema, in cui si risolve in buona parte la nostra questione, se l'usucapione possa comprendersi fra le prime ovvero fra le seconde⁷. Riguardo alla partecipazione si tratta soprattutto di definire i rapporti fra essa e le situazioni giuridiche in cui consiste; e si tratta in particolare di chiedersi se, riguardando le seconde fondamentalmente vicende endosocietarie, in che termini e per quali aspetti si possa e debba riconoscere alla prima un proprio e oggettivo valore⁸.

Comune è in ogni caso, sia per l'azienda sia per la partecipazione sociale, una *dialettica fra unità e pluralità*: unità o pluralità dei «beni» ovvero, rispettivamente, dei «diritti». È comune è ancora che sia per l'una sia per l'altra una visione unitaria divenga soprattutto plausibile (e senza dubbio chiaramente presente nel diritto scritto) quando si tratta di vicende *dinamiche*, ove si pongono problemi concernenti il loro trasferimento; mentre una visione analitica, riferita cioè ai singoli beni o rispettivamente situazioni giuridiche, sembra la più adeguata quando la prospettiva deve essere *statica*, sul piano dell'esercizio dei poteri aventi per oggetto i primi o in cui si concretizzano le seconde⁹.

cin., 2014, p. 1447; G.B. BARILLA, *Usucapione di azienda al vaglio delle sezioni unite: un importante precedente*, in *Riv. trim. dir. proc. cin.*, 2014, p. 1551; cfr. pure, in termini più ampi, M. CIAN, *L'azienda tra diritto dei beni e regolazione dei fatti economici: prolegomena*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, p. 621. Notò è anche che, per quanto riguarda la partecipazione sociale, con riferimento alla società per azioni il tema è stato in certo modo assorbito dalla questione (per alcuni aspetti più generale) della usucapibilità dei titoli in cui la partecipazione viene «incorporata», essendo invece discusso soprattutto con riferimento alla quota di società a responsabilità limitata: v. per tutti le sintesi delle diverse posizioni di L. DI NELLA, *sub art. 2468*, in *S.r.l. Commentario. Dedicato a Giuseppe B. Portale*, Milano, 2011, p. 270 ss.; e E. MORINO, *sub art. 2468*, in *Codice delle società a responsabilità limitata*, a cura di O. CAGNASSO e A. MAMBRIANI, Roma, 2015, p. 276 ss.; da ultimo C. RINALDO, *Usucapione e acquisto a non domino delle quote di partecipazione in società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. cin.*, 2017, p. 631.

7. Anche questo mi pare un profilo notissimo e, in ogni caso, del tutto auto-evidente. Banale credo cioè osservare che, non trattandosi senza dubbio di individuare una ontologica «natura» dell'azienda, l'assunto che per essa si possa parlare di un «bene» non risolve di per sé il problema realmente decisivo, quello di precisare a quali fini ciò sia realmente plausibile: se si vuol dire, quali siano gli obiettivi politici che l'ordinamento persegue trattando l'azienda come un «bene», la questione allora se con tali obiettivi politici possa ritenersi coerente la sua usucapibilità.

8. Ed è notissima in proposito, e credo illuminante, la metafora di F. D'ALESSANDRO, quando confronta la vicenda con quella per cui «man mano che si prendono le distanze e che si amplia la prospettiva si perdano sempre più di vista gli alberi e si cominci a percepire il bosco»: così in *I titoli di partecipazione*, (ed. provv.), Milano, 1968, p. 104.

9. Con il secondo rilievo intendo dire che quando per la partecipazione si tratta del momento in cui il diritto viene esercitato la questione, evidentemente, può concretamente riguardare solo la singola situazione giuridica, non la partecipazione nella sua globalità e allora unità (e rinvio sul punto, che mi pare in buona parte banale, al

Il che forse già spiega la singolare ambiguità in entrambi i casi del tema dell'usucapione: che per un verso riguarda, con riferimento ai suoi esiti, una vicenda in senso atecnico traslativa, nel senso che qualcuno perde un «diritto» a seguito del suo acquisto da parte di altri; mentre, per un altro verso, la fattispecie a seguito della quale ciò avviene concerne soprattutto la possibilità di riconoscere una situazione possessoria, sul piano quindi del concreto esercizio di poteri. Il primo profilo parrebbe indurre a un discorso unitario; il secondo a un altro invece analitico.

Si coinvolge inoltre, in entrambi i casi, la questione generalissima delle forme giuridiche di «appartenenza». In effetti, sia quando ha per oggetto l'azienda sia quando si riferisce alla partecipazione sociale la situazione non sembra consentire un agevole inquadramento alla luce della classica dicotomia diritti reali-diritti personali, e potrebbe persino far sorgere il dubbio se non si debbano riprendere i tentativi di superarla nella più ampia prospettiva di un *Vermögensrecht*¹⁰. Mentre in ogni caso, per quanto riguarda la vicenda specifica dell'usucapione, pare difficile nel diritto positivo prescindere da quella dicotomia.

E del resto, se il tema dell'usucapione dell'azienda può considerarsi come uno dei capitoli in cui si articola la dialettica fra «proprietà» e «impresa»¹¹ ed emerge la sensazione che la seconda non possa essere intesa alla luce della prima, analoga dialettica non può non rilevare quando si discute della partecipazione sociale: se non altro in quanto essa, nel nostro sistema, è anche e soprattutto *partecipazione all'impresa*¹².

Ancora osserverei, a conferma ulteriore di questa unità tematica di vertice, che il «bene» in cui consisterebbero l'azienda ovvero la partecipazione, quello eventualmente oggetto di usucapione, avrebbe la caratteristica comune non solo di non essere «cosa» in senso naturalistico, ma anche di essere positivamente il risultato di scelte operate dall'autonomia privata: per l'azienda, con la decisione organizzativa e di destinazione a opera dell'imprenditore; per la

mio, *Note preliminari sulla legittimazione nei titoli azionari*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 35, a p. 41 ss.); mentre per quanto concerne l'azienda i poteri che possono esercitarsi sui beni di cui si compone necessariamente si caratterizzano a seguito della specifica situazione giuridica che si può vantare rispetto a ciascuno.

10. Alludo così, senza evidentemente alcuno scopo critico, ma soltanto esemplificativo, alla nota proposta dogmatica di F. WIEACKER, in particolare con i saggi *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, (1935), e *Zum System des deutschen Vermögensrechts. Erwägungen und Vorschläge*, (1941), ora in *Zivilistische Schriften (1934-1942)*, Frankfurt am Main, 2000, rispettivamente a p. 9 ss. e p. 357 ss.; cfr. anche, per chi fosse interessato agli attuali sviluppi del dibattito in merito a quella dicotomia nella cultura giuridica tedesca, il recente saggio di W. BOENTE, *Nebeneinander und Einheit im Bürgerlichen Recht*, Tübingen, 2013.

11. Ed è ormai classico, anche per la sua estremizzazione della eterogeneità di prospettive fra proprietà e impresa, il saggio di G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Milano, 1967.

12. E potrebbe essere non privo di rilievo, in un discorso di vertice che qui neppure può essere abbozzato, chiedersi quale possa essere il ruolo, anche per problemi come quello cui si accenna, del collegamento fra impresa e società tipico e peculiare per il nostro ordinamento (e v., per una prima sommaria informazione, il mio *Profilo dell'impresa nel diritto delle società*, in *Riv. società*, 2015, 237); collegamento invece non necessario, anche se certo non privo di conseguenze quando riscontrabile nella concreta fattispecie, in ordinamenti come quello francese e tedesco che pure con il nostro hanno avuto tanta storia comune.

partecipazione, con la stipulazione del contratto sociale. Si potrebbe dire, e direi: dei «beni» che ugualmente presuppongono un esercizio dell'autonomia privata e che si distinguono, sotto questo profilo, poiché di essa vengono in rilievo quelle che a me paiono sue due diverse forme di manifestazione, l'autonomia imprenditoriale e quella individuale-negoziale¹³.

Le due questioni partecipano così a quella, ancora più generale, se e in che limiti possa ritenersi consentito all'autonomia privata «creare» nuovi «beni»¹⁴ e così, in certo modo, disporre di discipline le quali (come anche quella dell'usucapione) sono dettate dall'ordinamento con riferimento ai «diritti reali».

Vi sono poi, al di là di queste considerazioni di ordine teorico e dogmatico, alcuni aspetti in certo modo giuspolitici che non possono essere trascurati e che sintetizzerei in due osservazioni

Per un verso non può trascurarsi che la disciplina dell'usucapione, se richiama la prospettiva della «proprietà» e pone al centro della vicenda il momento statico dell'esercizio di un diritto, svolge anche un ruolo non trascurabile per la certezza e stabilità delle negoziazioni: il che, verrebbe spontaneo osservare, potrebbe indurre a riconoscere nell'impresa e nella società un ambiente non ostile alla sua utilizzazione ovvero alla soddisfazione in altro modo delle esigenze che in tal senso si riconoscano¹⁵. Si tratta in effetti di esigenze che all'impresa e alla società certamente non sono estranee e che, specie con riferimento alla seconda, trovano sicuri indici di rilevanza nel diritto positivo¹⁶: con la conseguenza che tema realmente decisivo è quello se l'usucapione sia strumento tecnico idoneo a tal fine oppure non ci si debba volgere ad altri.

Pare certo in ogni caso che per l'impresa e per la società assuma un ruolo centrale il momento del *fatto*¹⁷: sicché è almeno plausibile che anche per esse vi sia spazio per soluzioni le quali, come quella dell'usucapione, al «fatto» tendono ad adeguare il «diritto».

13. Anche questo è un tema notissimo. Mi limito perciò a segnalare, per un approfondimento del tema, il recente saggio di M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, I, a cura di G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI, Bologna, 2012, p. 33 ss. (e v. pure, dello stesso a., le più ampie considerazioni già in *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, ed. provv., Milano, 1971, spec. p. 285 ss.); e a osservare che la società e l'impresa presentano una caratteristica comune che potrebbe essere significativa anche ai nostri specifici fini: che per esse l'autonomia privata non soltanto rileva (e per la verità forse non sempre) nel momento in cui i privati programmano i loro assetti d'interessi (come è tipico e caratteristico dell'autonomia che si manifesta nelle forme negoziali), ma anche e soprattutto quando i loro interessi concretamente *in fatto realizzano*, l'attività cioè effettivamente svolgono.

14. Per alcuni riferimenti su questa nota tematica, peraltro a volte evocata da decisioni giurisprudenziali proprio qui rilevanti, rinvio al mio, *Alla ricerca del «derivato»*, Milano, 2016, p. 22 ss.

15. Cfr. per tutti, sottolineando questo aspetto, F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. BUONOCORE, diretto da R. COSTI, Torino, 2010, p. 95.

16. Mi sembra infatti quasi superfluo sottolineare l'esigenza di stabilità e certezza alla base di discipline come quelle espresse, fra l'altro, negli artt. 2332, 2377-2379 *ter*, 2500 *bis*, 2504 *quater* c. c.

17. Per alcuni cenni in questa prospettiva rinvio al mio, *Note minime su "La libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 403 (spec. p. 408 ss.).

Deve anche rilevarsi, per un altro verso e in termini per così dire empirici, che il tema applicativo, di indubbia rilevanza sistematica e che per quanto appena accennato potrebbe sembrare anche praticamente importante, presenta la caratteristica di essere stato largamente discusso in dottrina, ma di non presentare se non pochissimi precedenti giurisprudenziali, della cui reale portata inoltre, come fra breve si accennerà, è almeno consentito dubitare.

Vi è in sostanza una significativa asimmetria fra lo sforzo della dottrina per l'argomento e la sua effettiva emersione nella pratica applicativa. Il che, se si condivide l'esigenza che anche la ricerca del diritto positivo avvenga considerando la dimensione storica del problema affrontato, non può non riflettersi sulla sua stessa configurazione.

Questo dato empirico propone infatti allo studioso un'alternativa di fondo: che il problema dell'usucapione dell'azienda o della partecipazione sociale, ampiamente studiato in dottrina e sostanzialmente assente nella giurisprudenza, svolga un ruolo per certi aspetti analogo a quello degli «esperimenti immaginari» nelle scienze fisiche¹⁸, dovendosi allora chiedere quanto per la ricerca giuridica, le cui finalità non possono essere soltanto conoscitive e/o costruttive, sia giustificato costruire problemi che in pratica non si verificano e forse non possono verificarsi, volendo poi dalla loro soluzione trarre indicazioni per l'elaborazione di un sistema concettuale¹⁹; oppure, seguendo un'ipotesi cui si è fatto cenno, che il «problema» in effetti si presenti, quello del possibile ruolo del tempo ai fini di un «acquisto» dell'azienda o della partecipazione sociale, ma la sua soluzione debba essere ricercata in una prospettiva diversa da quella che tradizionalmente si riconosce nell'usucapione.

3. Come si vede le questioni sono veramente tante, complesse e fra loro eterogenee. E perciò, al fine di evitare discorsi dispersivi e comunque non consentiti a queste brevi note, potrebbe essere di un qualche ricavo iniziare da una considerazione del dato empirico da ultimo segnalato, quello in definitiva consistente nella rarità e limitata rilevanza degli interventi giurisprudenziali.

Si considerino in primo luogo tre esemplari di decisioni, quelli che sono riuscito a reperire, nelle quali è stata evocata la questione se sia possibile un'usucapione di partecipazioni sociali.

18. Cfr. per esempio in argomento K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, trad. it., Torino, 1970, p. 501 ss.

19. E in effetti, vorrei incidentalmente osservare, anche al discorso del giurista non sono necessariamente estranei schemi di ragionamento confrontabili con quelli degli «esperimenti immaginari»: si pensi soltanto, per limitarci a esempi della contemporaneità, all'utilizzazione nella linea di pensiero che genericamente si denomina di *law and economics* del «teorema di Coase» (appunto derivato da un esperimento immaginario) oppure del «dilemma del prigioniero» (che è di per sé un esperimento immaginario) o ancora delle diverse forme che può assumere l'ipotesi del «mercato efficiente». Tali «esperimenti» però, significativamente derivati dalle discipline economiche, non servono al giurista per costruire un sistema concettuale, ma in certo modo al contrario per confrontare i loro esiti con quelli invece riscontrabili in concreto ed eventualmente, alla luce di ciò, per elaborare misure in grado di modificare la realtà empirica: si pensi, per tacer d'altro, al diverso tipo di intervento su realtà confrontabili con quelle immaginarie su cui si è costruito il «teorema di Coase» o si pone un «dilemma del prigioniero» a secondo che si muova da una prospettiva di *law and economics* per così dire «classica» ovvero *behaviorial*.

La prima, Cass., 3 novembre 1989, n. 4603²⁰, riguardava una complessa (e ovviamente annosa) vicenda originata dalla liquidazione di una società di fatto (con patrimonio costituito soprattutto da immobili conferiti «in uso») e dalla successiva contestazione di un socio il quale lamentava di aver ricevuto una quota di liquidazione inferiore a quanto gli sarebbe spettato in proporzione alla sua effettiva partecipazione; l'altro socio, che a seguito dell'accoglimento di tale contestazione avrebbe dovuto «restituire» all'attore la corrispondente frazione della quota di liquidazione indebitamente percepita, eccepeva di aver usucapito la maggiore partecipazione in considerazione della quale tale frazione gli era stata (allora debitamente) corrisposta.

Il che immediatamente segnala una peculiarità della questione: che il tema della «proprietà» e la disciplina dell'usucapione come suo modo di acquisto sono in effetti invocati come una sorta di *medium* logico in grado di confermare la correttezza dei criteri di liquidazione a suo tempo utilizzati e di respingere così la loro contestazione. Un approccio, a ben considerare, che non necessariamente sorprende, solo se si tengano a mente le prospettive teoriche che nella «proprietà» vedono appunto uno strumento linguistico, un *tool of presentation*²¹, ovvero quelle che per il discorso giuridico sulla «proprietà» individuano una fondamentale alternativa fra *lump concept* e *narrow issues*²². Con una particolarità però: che nella concreta vicenda l'usucapione e il conseguente acquisto non soltanto venivano predicati al fine di trarne una singola e specifica conseguenza applicativa, il *narrow issue*, ma era escluso per definizione, poiché la società era stata liquidata, che se ne potessero trarre altre, neppure potendo allora servire il *lump concept* come strumento linguistico per «riassumerne» una pluralità.

Si pensi in particolare a uno dei rilievi utilizzati dalla Corte per negare l'invocata usucapione: che «nelle società di persone, regolari o anche irregolari, la quota rappresenta la misura della partecipazione del socio, alla quale va commisurata l'entità dei diritti che ne scaturiscono e non rappresenta un bene a sé stante, suscettibile di formare oggetto di diritti e del quale si possa disporre come di qualsiasi altro bene mobile e suscettibile perciò di proprietà e di possesso». Esso credo debba pienamente condividersi per quanto riguarda la soluzione del caso concreto: nella quale in effetti oggetto del decidere era proprio e soltanto la *misurazione* di un diritto, quello alla quota di liquidazione, non il riconoscimento della sua titolarità per poterne poi godere e disporre.

20. Pubblicata fra l'altro in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 937.

21. La prospettiva è notissima e veramente non mi sembrano necessarie particolari indicazioni; mi limito perciò a ricordare uno dei saggi che, proprio per la sua semplicità e linearità, ha assunto il significato in certo modo di manifesto della prospettiva medesima, quello di A. ROSS, *Tù-Tù*, in *Harv. Law Rev.*, 70 (1957), 812; e l'importante contributo al fine di introdurre questa tematica anche presso i nostri giuristi di diritto positivo di F. D'ALESSANDRO, *Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 15.

22. Mi riferisco naturalmente alla notissima formula di KARL LLEWELLYN, uno dei padri del realismo giuridico americano: cfr. per alcune indicazioni in proposito il mio, «*Consegna e «proprietà» nella vendita internazionale*, Milano, 1979, p. 50 ss.

Se ciò si considera, si potrebbe anche osservare che in realtà con la formula dell'usucapione si voleva affermare (non tanto una «proprietà» della partecipazione, quanto) una regola in virtù della quale la *misurazione* del diritto sociale specificamente invocato, quello alla quota di liquidazione, dovesse avvenire non soltanto sulla base della quota originariamente spettante, ma anche tenendo conto dei modi *fattuali* in cui il rapporto sociale si era svolto.

Un interrogativo al quale per un verso non vedo ragioni di principio per rispondere negativamente, ma che per un altro mi sembra veramente estraneo al problema e alla disciplina dell'usucapione.

In effetti, quando come nel caso di specie si trattava di una «società di fatto», potrebbe essere addirittura conseguenziale ritenere che, se il «fatto» è in grado di consentire il riconoscimento di un rapporto sociale, può essere anche in grado di modificarlo, cambiando i rapporti fra i soci o anche (perché no?) con la partecipazioni di nuovi. Il che, provocando inevitabilmente accrescimenti e correlative diminuzioni delle posizioni proporzionali dei singoli nella società, può anche essere descritto come «acquisto» e rispettivamente «perdita» delle frazioni cui corrispondono quegli accrescimenti e diminuzioni; ma rappresenta in ogni caso un esito comune a tutte le ipotesi in cui vengono modificati gli assetti sociali originari.

La questione diviene allora, per esprimerci in termini impressionistici, *di diritto societario*, nel senso di doversi chiedere quando e secondo quali modalità i modi fattuali di realizzazione del rapporto, tra essi eventualmente considerando anche la loro durata nel tempo, possono essere compresi fra i *procedimenti* in grado di modificarlo.

Perciò la risposta può essere in via di principio positiva per le «società di fatto» e forse più in generale per le società di persone: ove, potendo comunque il consenso di tutti i soci modificare il rapporto sociale e non essendo necessariamente richieste particolari formalità²³, può non essere difficile nel singolo caso concreto chiedersi se prolungati modi fattuali di esercizio dei diritti sociali possano intendersi come manifestazione «tacita» di tale consenso²⁴.

23. E forse non è stata senza rilievo nel caso concreto la circostanza che il patrimonio della società fosse essenzialmente immobiliare, ponendosi allora per un verso un problema di forma del conferimento e discutendosi per un altro verso sia di un'usucapione della partecipazione sia dell'eventuale usucapione della quota di proprietà immobiliare: un tema che riconduce alla distinzione sul piano dei «beni» e, sotto questo profilo, alla ricerca della forma necessaria per le loro vicende (quello che, per limitarsi a un riferimento classico, l'art. 529 del *code civil* francese vuole risolvere).

24. Potendosi anche porre problemi, che in ogni caso si caratterizzano *su un piano diverso* da quello dell'usucapione, come quelli discussi nell'ordinamento tedesco quando ci si chiede se e in che termini i principi elaborati in tema di *faktische Gesellschaft* possano estendersi anche alle ipotesi di *fehlerhafte Mitgliedschaft*: v. per tutti in argomento C. SCHÄFER, *Die Lehre vom fehlerhaften Verband*, Tübingen, 2002, p. 302 ss. E del resto, si può ancora osservare, nel caso specifico la tematica non era poi molto distante da quella per cui nell'ordinamento tedesco si parla di *faktische Gesellschaft*, essendo stato posto ai giudici anche un problema di nullità della società.

Ciò, naturalmente, senza escludere che la soluzione adottata dalla Cassazione nel caso concreto possa essere condivisa, come credo si debba: poiché, come in sostanza osservato dalla Corte, i comportamenti fattuali allegati riguardavano in realtà lo svolgimento delle funzioni di amministratore della società, non tanto i diritti sociali e il loro esercizio²⁵.

4. La sensazione è in definitiva, e questo potrebbe essere un primo ricavo conoscitivo della sommaria rassegna che si sta tentando, che con riferimento alle partecipazioni sociali l'esigenza di certezza e stabilità alla base della disciplina dell'usucapione possano anche cercare soddisfazione in strumenti tecnici diversi, meglio in grado di tener conto delle peculiarità degli assetti d'interesse societari, e si pongano comunque in una prospettiva differente da quella consueta.

Questa sensazione mi sembra possa essere confermata, e precisata, considerando il secondo precedente che sono riuscito a rinvenire, la decisione inedita di Cass., 23 gennaio 2008, n. 1464.

A quanto mi è dato capire, si trattava di una questione per alcuni aspetti omogenea con quella decisa dalla sentenza del 1989 (il che, per il nostro tentativo di individuare la classe di casi in cui il tema dell'usucapione della partecipazione si è concretamente posto e così la sua reale portata, può essere già di per sé significativo): nel senso che la partecipazione a una cooperativa edilizia assumeva rilievo non in quanto tale, per la complessità delle situazioni giuridiche di cui si compone, ma al solo fine di giudicare della proprietà di un immobile sulla base di essa assegnato; e al centro della controversia si poneva la questione se fosse possibile affermare un'usucapione decennale della partecipazione, ai sensi dell'art. 1161 c. c., piuttosto che quella ventennale necessaria per l'immobile.

Ma è anche interessante, ritengo, segnalare i dati fattuali che hanno indotto a porre la questione. Si trattava in effetti di una successione ereditaria a seguito della quale uno solo dei due eredi era «subentrato», sulla base di una rinuncia scritta dell'altro, nella intestazione della partecipazione alla cooperativa edilizia; si lamentava allora da una parte l'invalidità di tale rinuncia (per motivi che a dire il vero la sentenza non consente di individuare con precisione, ma che sembrerebbero consistere in un errore), si replicava dall'altra, con eccezione poi accolta dai giudici, sostenendo l'avvenuta usucapione della partecipazione.

Ne possono risultare, se non m'inganno, alcune considerazioni forse non del tutto prive di rilievo.

In primo luogo che il «fatto» con riferimento al quale veniva posto il tema dell'usucapione non consisteva, come nel caso prima esaminato, in comportamenti empirici, bensì

25. Ed infatti è sintomatico che sia stata posta ai giudici anche la questione se fosse possibile nel caso concreto riconoscere un'usucapione della quota di comproprietà del patrimonio (immobiliare) sociale: questione cui i giudici hanno dato risposta negativa, esprimendo così una prospettiva per la quale, in ultima analisi, la comunione riconoscibile nella società deve trovare la sua disciplina nel diritto societario, secondo allora le regole che riguardano l'attività sociale, non quelle concernenti il godimento di un bene.

nell'avvenuta intestazione *formale* della partecipazione. Il che, osserverei, può essere conforme alla prospettiva generale secondo cui le implicazioni giuridiche che conseguono alla «realizzazione» (non solo programmazione in termini negoziali) dell'assetto societario emergono per le società di capitali (cui per questo aspetto sono certamente assimilabili le cooperative) a seguito dell'attuazione di dati formali²⁶.

Di nuovo un'indicazione nel senso che i temi che potrebbe essere presentati nella prospettiva dell'usucapione debbono in ogni caso essere considerati nella dimensione del diritto societario e trovare soluzione coerente con le sue specifiche esigenze.

Può assumere d'altra parte un significato ancora più tecnico il precedente riferimento ai *procedimenti* del diritto societario e alla prospettiva in cui per essi, perseguendo esigenze di stabilità e certezza, può essere assegnato un ruolo al fattore temporale.

In effetti il caso ora considerato ben può essere inteso come quello in cui una parte *impugna* l'avvenuta intestazione della partecipazione (sulla premessa di un'invalidità della propria rinuncia e al fine di privare di efficacia, almeno nei propri confronti, l'assegnazione dell'immobile avvenuta in considerazione di quella intestazione) e l'altra parte, eccependo l'usucapione, fa in concreto valere la *tardività di tale impugnativa*. Sicché il problema si risolve in definitiva in quello concernente il *termine* per l'impugnativa medesima.

Intendo dire che la struttura della vicenda è ben diversa da quella tipica cui si pensa in tema di usucapione: non l'ipotesi nella quale si discute di un diritto di «proprietà» fra un soggetto che vanta un titolo e un altro che gli contrappone il diverso titolo rappresentato dall'avvenuta usucapione; ma quella invece in cui si discute se e quando il decorso del tempo può rendere incontestabile una vicenda realizzatasi nell'assetto societario.

Il che potrebbe far pensare che l'ambiente in cui concretamente si pongono questi problemi non sia tanto quello della proprietà e dei suoi strumenti di difesa, *in primis* ovviamente l'azione di rivendicazione, quanto l'altro delle impugnative e di quella particolare rappresentata dalla *condictio indebiti*: in tal modo evocando, ma non è certo questa la sede anche per solo accennare all'argomento, una dialettica immanente al nostro ordinamento²⁷.

5. Anche ciò potrebbe confermare la sensazione che sia difficilmente pensabile un conflitto in tema di usucapione di una partecipazione sociale il quale non si puntualizzi su un problema di validità e/o efficacia di vicende che si realizzano nella società e di cui si discute se e quando possono essere in grado di attribuirne la titolarità: sicché invocare l'usucapione non è altro che un modo, al di là del *nomen* utilizzato, per chiedere il riconoscimento di tale efficacia ovvero il rigetto dell'impugnativa da altri proposta.

26. Anche questo è un aspetto che mi pare chiaro e mi permetto perciò rinviare al mio lavoro ricordato a nota 16.

27. Mi riferisco, evidentemente, alla tematica che è merito soprattutto di M. GIORGIANNI aver segnalato e approfondito: cfr. ovviamente la voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.

Forse ancora più evidente è tale prospettiva nell'ultima delle decisioni che mi sono sembrate in proposito rilevanti, quella del Trib. Milano, 26 febbraio 2015²⁸.

La vicenda concreta era in tal caso più chiara, o meno confusa, e ciò consente di delinearne con maggiore precisione i contorni rilevanti ai nostri fini. All'origine si poneva un aumento di capitale con sua sottoscrizione parziale da parte di un terzo avvenuta contestualmente all'assemblea e condizionatamente al mancato esercizio del diritto di opzione da parte dei soci; in conseguenza di ciò era stato iscritto nel libro dei soci e aveva per oltre un decennio esercitato i diritti sociali. Successivamente, avendo un socio sostenuto di aver in effetti sottoscritto l'aumento di capitale, la società aveva proceduto a rettificare l'annotazione nel libro dei soci. Da ciò una controversia in cui l'originario terzo (in effetti il suo fallimento) chiedeva di rettificare tale rettifica, ripristinando l'annotazione originaria, e a tal fine faceva valere, oltre a una contestazione dell'efficace esercizio del diritto di opzione da parte del socio, anche un proprio acquisto per usucapione ai sensi dell'art. 1161 c.c.

Per la verità la decisione, positiva, su questo specifico punto deve considerarsi in buona parte *obiter*: poiché i giudici hanno ritenuto in fatto non sufficientemente provato un efficace esercizio del diritto di opzione da parte del socio originario e quindi il mancato avverarsi della condizione cui era subordinata la sottoscrizione del terzo e la sua efficacia. Potrebbe essere chiaro però, in ogni caso, che il tema dell'usucapione è qui evocato non tanto per discutere se un diritto concernente un «bene» è stato acquistato e corrispondentemente perduto, quanto al fine di giudicare della *legittimità* di un assetto societario concretamente e formalmente realizzatosi.

In questa prospettiva il ruolo eventuale del decorso del tempo ben può essere inteso come l'esigenza, per evidenti ragioni di certezza e stabilità (in termini allora omogenei, dal punto di vista giuspolitico, con quelli cui s'ispira la disciplina dell'usucapione), di porre un limite temporale alla possibilità di *impugnare* i fatti che, si sostiene, hanno illegittimamente determinato quell'assetto: limite che potrà essere ricavato dalla disciplina specifica del fatto la cui illegittimità si adduce e in mancanza, mi sentirei di proporre, da quella generale della *condictio*.

E del resto proprio il caso cui ora si accenna ben si presta a essere inteso, pure su un piano grossolanamente empirico, nei termini di azioni con cui non tanto si «revindica» una proprietà, quanto si «impugnano» i fatti che hanno provocato un (in ipotesi illegittimo) trasferimento di ricchezza. In esso, a ben guardare, si è avuta prima un'impugnativa stragiudiziale con cui si chiedeva di rettificare l'originaria annotazione nel libro dei soci e successivamente un'altra giudiziale volta a eliminare la rettifica con la prima ottenuta.

Una prospettiva la quale, impostando la questione sul piano dei mezzi di impugnativa e dei suoi limiti anche temporali, potrebbe trovare un qualche conforto nel modo in cui

28. Pubblicata in *Riv. not.*, 2015, p. 573.

sono considerate dall'art. 2379 *ter* cod. civ. alcune vicende che, come gli aumenti e le riduzioni di capitale, possono tradursi nell'acquisto o nella perdita della partecipazione [e non deve dimenticarsi in proposito che, trattandosi di posizioni proporzionali, a ogni acquisto può corrispondere una perdita e viceversa²⁹]: la cui stabilità è appunto ricercata con una disciplina che limita la possibilità di impugnare.

6. Forse è possibile, sulla base di questa sommaria ricognizione dei problemi concreti per i quali (sulla base di quanto sono riuscito ad accertare) si è posto ai nostri giudici un problema di usucapione di una partecipazione sociale, formulare un'osservazione di portata generale che potrebbe risultare non del tutto inutile.

Osserverei cioè che senza dubbio è ben possibile e in molti casi operativamente proficuo pensare la partecipazione come un «bene». A condizione però di non trascurare che essa e le sue vicende rappresentano in ogni caso l'esito di operazioni di autonomia privata³⁰: sicché la loro disciplina è pur sempre una disciplina di tali operazioni, non si traduce in un regime soltanto oggettivo del «bene», ma riguarda in ultima analisi l'autonomia privata e i suoi limiti³¹.

Penso in definitiva che né la partecipazione sociale né le vicende della sua titolarità sono realisticamente pensabili prescindendo dai comportamenti e scelte di autonomia privata per cui l'una viene «creata» e le altre si realizzano. Ed è perciò che, penso, la soddisfazione delle esigenze di stabilità e certezza deve essere ricercata sul piano della efficacia di quei comportamenti e scelte e dei limiti, ivi compresi quelli temporali, alla possibilità di contestarla³².

In questo senso, mi sembra, può rivelarsi un'omogeneità di fondo con la questione più nota e discussa per l'area tematica cui sono dedicate queste pagine, quella concernente l'usucapione dell'azienda.

29. Potrebbe essere significativo, del resto, che questo problema di «acquisto» e correlativa «perdita» della partecipazione possa tipicamente porsi nell'ipotesi della c.d. *sovraemissione* dei titoli azionari, quando appunto si debbono elaborare criteri per decidere del conflitto fra i vari possessori: cfr. i miei cenni in *Sulla emissione dei titoli azionari*, in *Dir. banc.*, 1988, I, p. 3.

30. Ed a questa tematica, che soprattutto si manifesta nel settore finanziario, espressamente si riferisce la decisione del Trib. Milano di cui da ultimo si è discusso.

31. Cfr. per tutti, per questo diffuso rilievo, A. JANNARELLI, *Beni, interessi, valori. Profili generali*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, I, Padova, 1997, p. 383.

32. Del resto, se si volesse svolgere un discorso di vertice, non è forse privo di rilievo che nell'ipotesi in cui potrebbe essere più agevole pensare all'usucapione di una partecipazione sociale, quando è «incorporata» in un titolo di credito, ci si dovrebbe poter confrontare con l'esigenza d'intendere la tematica cartolare sul piano soprattutto delle tecniche di negoziazione (e dei loro conflitti), spiegandosi allora la disciplina dell'art. 1994 c. c. essenzialmente come impugnativa di una negoziazione cartolare e assumendo il tema dell'usucapione il significato di una ricerca concernente appunto i limiti temporali per la proposizione di tale impugnativa: per questa prospettiva, che qui si può soltanto approssimativamente accennare, rinvio ai miei *Diritto commerciale. I*, Roma-Bari, 2002, p. 202 ss.; e, con riferimento specifico ai titoli azionari, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, II, 1, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, 1991, p. 294 ss.

Si è già segnalato, del resto, che anche l'azienda, quando la si vuole considerare come un «bene», è il risultato di una vicenda di autonomia privata: quella, pur diversa da quanto avviene con l'autonomia negoziale, che si manifesta con la destinazione e organizzazione dei beni per l'esercizio dell'impresa. Mentre i modi in cui in concreto l'autonomia privata si atteggia sono decisivi per la distinzione fra i problemi concernenti i singoli beni (e i diritti su di essi) e quelli per cui entra in considerazione l'azienda in quanto tale, se si vuol dire «unitariamente»³³.

Pure a questo proposito credo utile una breve considerazione dell'esperienza giurisprudenziale per lo specifico argomento dell'usucapione di azienda: esperienza la quale in effetti a quanto mi risulta si esaurisce, e già ciò potrebbe essere significativo, in una sola decisione, quella notissima e che è stata l'occasione per riprendere un antico dibattito dottrinale delle sezioni unite della Cassazione, 7 marzo 2014, n. 5087³⁴.

Ma questo non è soltanto un precedente del tutto isolato. Esso si caratterizza inoltre per non trascurabili specificità del caso concreto: tali, penso, da caratterizzarne e per certi versi circoscriverne la portata.

Ciò mi pare evidente già considerando la peculiarità del contesto. Si trattava infatti di una *farmacia*: un settore imprenditoriale la cui disciplina pubblicistica rende in certo modo più agevole discorrere di un «diritto» all'impresa e/o all'azienda e di sue vicende³⁵; al che poi corrisponde la circostanza che in tale «diritto» soprattutto, non tanto nei beni utilizzati e neppure nel complesso aziendale, risiede il valore economico certamente di maggior rilievo. Disciplina la quale inoltre pone un complesso problema di rapporti fra impresa e azienda, dovendosi chiedere se e in che termini il legittimo esercizio della prima possa comportare un acquisto della seconda, ma anche per quali profili la mancanza di «proprietà» di questa si rifletta sulla legittimità di quello³⁶.

33. Pare fuori questione, fra l'altro, che sia soprattutto una ricostruzione dei profili funzionali a consentire la distinzione fra trasferimento dell'azienda ovvero dei beni di cui si compone, la funzione cioè di consentire la *continuazione dell'impresa*, e quindi la delimitazione dell'ambito di applicazione degli artt. 2556 ss. c. c.: v. per tutti, sottolineando in particolare la valenza sistematica di questo aspetto, il saggio di M. CIAN ricordato a nota 6.

34. Si tratta della decisione che ha fornito occasione per gli interventi ricordati a nota 6 e che è stata fra l'altro pubblicata in *Foro it.*, 2014, I, 1814; v. pure l'ordinanza di rimessione al Primo Presidente, 16 maggio 2013, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1372.

35. E potrebbe essere significativo, in una prospettiva di vertice, che una delle ipotesi in cui si è pensato di riconoscere una portata operativa al «diritto di impresa» e all'eventualità di un suo trasferimento, con non trascurabili implicazioni poi sulla sorte del complesso aziendale, sia stata quella di una legge di nazionalizzazione, mediante la quale quel «diritto» veniva fatto oggetto di una *riserva* a favore dell'ente pubblico: così, come noto, R. NICOLÒ, *Il trasferimento di impresa nella sistematica delle leggi di nazionalizzazione*, (1969), in *Raccolta di scritti*, II, cit., p. 1583 ss. Significativo credo anche che l'unico altro intervento giurisprudenziale in cui mi è stato possibile trovare un positivo riconoscimento della possibilità di usucapire un'azienda (nel caso concreto, però, esclusa per mancata decorrenza del termine ritenuto dai giudici a tal fine necessario) ugualmente riguardava una farmacia: v. appunto Trib. Monza, 26 giugno 1998, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1999, p. 450, nel qual caso, inoltre, pure si trattava di un conflitto fra coeredi.

36. Uno dei temi affrontati dalla sentenza era infatti se il peculiare regime pubblicistico delle farmacie (e

Significativo credo pure che in realtà il tema dell'usucapione non riguardava direttamente l'azienda, bensì una sua quota di «comproprietà». Si discuteva infatti fra chi sosteneva di essere contitolare dell'azienda e chi sosteneva, avendo per oltre vent'anni gestito da solo l'azienda, di aver usucapito la quota di controparte³⁷.

Il punto è significativo sia in quanto evidenzia ancora un profilo di omogeneità con alcuni dei temi accennati a proposito dell'usucapione della partecipazione sia in quanto, in certo modo concentrando l'attenzione sulla «quota», parte «ideale» della situazione giuridica di titolarità, diviene possibile in buona parte prescindere da una precisa identificazione e qualificazione dell'oggetto della situazione giuridica medesima.

Intendo dire che quando si discute di una «quota» dell'azienda è già risolto, nel senso che neppure vi è bisogno di porlo, uno dei problemi centrali in materia: quello di distinguere fra le ipotesi in cui la vicenda possessoria su cui si vuole basare l'usucapione può ritenersi riguardare l'azienda in quanto tale ovvero i singoli beni di cui si compone³⁸.

Ancora di rilievo è poi, di nuovo in termini sostanzialmente omogenei con quanto prima accennato, che il tema dell'usucapione era stato introdotto nel processo come eccezione atta a contrastare l'inefficacia di un atto traslativo: nel caso specifico la donazione dell'intera azienda da parte di chi era titolare soltanto di una quota, donazione ritenuta perciò inefficace per quanto concerne la quota eccedente quella del donante³⁹.

quello ancora più specifico delle cc.dd. «farmacie legittime») imponesse una necessaria coincidenza fra titolarità dell'azienda e gestione della farmacia, assumendo per un verso la prima il significato di presupposto per la legittimità della seconda, ma potendosi anche discutere se la concessione necessaria per questa non entri a far parte della vicenda traslativa che volesse avere per oggetto quella: cfr. in argomento, per ricordare un importante precedente, Cass., 27 maggio 2009, n. 12346.

37. La vicenda, per molti aspetti simile a quella oggetto della decisione del Trib. Monza ricordata a nota 35, può in termini stilizzati essere così sintetizzata: avendo due coeredi ereditato ciascuno il 50% per cento di una farmacia e avendo uno dei due donata la sua *intera* titolarità alla propria figlia, che era farmacista e che aveva di fatto assunto la gestione dell'impresa, l'altro coerede (in realtà i suoi eredi) faceva valere la nullità (*rectius* inefficacia) di tale donazione, mentre la donataria eccepiva di aver comunque usucapito l'azienda, in effetti il 50% della sua titolarità di cui il donante non poteva disporre.

38. E perciò, osserverei, la sentenza può espressamente prescindere da una scelta fra le diverse teorie in merito alla «natura» dell'azienda: in quanto in effetti è almeno più agevole individuare in una «quota» un «bene» distinto dalla «cosa» cui il diritto si riferisce. Intendo dire, in un discorso certamente impressionistico, ma anche perciò idoneo alla motivazione del giudice, che se possono esservi problemi a concepire l'azienda come un «bene» ulteriore a quelli di cui si compone, distinguere comunque le vicende dell'una e degli altri, ciò è certamente più agevole quando non dell'azienda si tratta, ma di una sua «quota»: nel senso, se non altro, che anche empiricamente è riconoscibile l'eventualità di un conflitto fra pretese sulla medesima «quota» senza necessariamente porsi il problema di pretese aventi per oggetto i beni aziendali.

39. E anche sotto questo profilo credo sintomatica la omogeneità di problemi con quello affrontato dal Trib. Monza ricordato a nota 34: ove si era riconosciuta la nullità del trasferimento della quota poiché finalizzato alla costituzione di una rendita vitalizia (nel caso concreto ritenuta) priva della necessaria aleatorietà, invocandosi allora pure qui l'usucapione al fine di precludere le conseguenze di tale nullità sul piano della sua titolarità.

7. Quest'ultimo aspetto mi pare veramente centrale e, volendo (tentare di) tirare le fila di questa sommaria ricognizione dei (significativamente pochi) esemplari giurisprudenziali in materia di usucapione della partecipazione sociale e dell'azienda, quello soprattutto da sottolineare.

Da tale ricognizione emerge infatti che il problema si è concretamente posto in vertenze nelle quali di una vicenda in vario modo di autonomia privata si contestava l'idoneità a provocare un trasferimento di ricchezza, quella non solo economicamente riconoscibile nella partecipazione e nell'azienda in quanto tale: servendo allora in definitiva l'usucapione a porre un limite temporale alla possibilità di tale contestazione.

Sicché in tali casi la questione si caratterizzava in un discorso di vertice per il modo peculiare in cui nel nostro ordinamento possono interferire, con riferimento alle vicende di autonomia privata, il regime della *condictio* e quello dell'azione di rivendicazione.

Comune alle vicende giudiziarie considerate è che in esse vi era un *titolo* con cui si sarebbe potuto giustificare il trasferimento della partecipazione o dell'azienda, ma si discuteva della sua idoneità a tal fine, in quanto ritenuto invalido e/o inefficace. Merita allora di chiedersi brevemente se ciò deve considerarsi un dato soltanto accidentale, conseguenza in definitiva della circostanza che non tutti i problemi sono sottoposti ai giudici e che perciò i dati giurisprudenziali riflettono solo approssimativamente le tematiche della vita reale, ovvero si tratti di un dato strutturale, nel senso che la presenza di un «titolo» è presupposto necessario perché il problema si ponga, valendo allora a caratterizzarne il reale significato.

E non mi sembra difficile, per quanto concerne le partecipazioni sociali, rispondere nel secondo senso: poiché in effetti la stessa situazione effettuale che aspirerebbe a essere definita come «possessione», l'esercizio cioè in concreto dei diritti sociali, non è pensabile senza indici formali di rilevanza nei confronti della società, se si vuol dire un «titolo» almeno formalmente efficace nei suoi confronti. Sicché, in definitiva, il problema inevitabilmente si risolve nel conflitto fra chi quel «titolo» vuole giuridicamente eliminare e chi invece pretende che il decorso del tempo l'abbia reso incontestabile.

Il discorso è evidentemente approssimativo, anche sul piano terminologico. Potrebbe però essere significativo, a conferma della sensazione che sia questa la portata concreta del tema dell'usucapione della partecipazione sociale, che da tempo si ponga il problema se e in che senso alla realizzazione degli indici formali cui si accenna possa riconoscersi un significato per il suo *modus acquirendi*⁴⁰: il che può rendere ancora più plausibile la

40. Mi riferisco così al classico tema, non credo a caso postosi soprattutto con riferimento ai titoli azionari, se la realizzazione degli indici previsti dalla legge di circolazione del titolo di credito sia necessaria, oltre che per l'esecuzione dei rapporti obbligatori fra le parti, anche per la produzione dell'effetto traslativo: cfr. per tutti le diverse posizioni espresse in F. GALGANO, *I titoli di credito*, Padova, 2009, p. 37 ss.; P. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito*, Torino, 2012, p. 62 ss.; e nel mio, *La circolazione della partecipazione azionaria*, cit., p. 287 ss. Mentre, per quanto concerne la partecipazione in società a responsabilità limitata, la peculiare disciplina dell'art. 2470,

sensazione di un'assonanza fra il nostro tema e quelli tipici della *condictio* quale mezzo per l'impugnativa di un acquisto avvenuto senza «causa» valida.

Più complessa è sicuramente la questione con riferimento all'azienda: la quale in effetti si riconosce per il dato effettuale della destinazione all'attività imprenditoriale e le cui vicende (in senso ampio) traslative non sono identificabili per un *modus acquirendi*, bensì essenzialmente per un *titulus*⁴¹. Sicché si pone il problema pregiudiziale di come distinguere quando potrebbe trattarsi di un'usucapione dell'azienda ovvero dei singoli beni di cui si compone e, soprattutto, non paiono utilizzabili a tal fine indici formali.

Non è un caso del resto che, come constatato, l'ipotesi giurisprudenziale in cui il problema è stato positivamente risolto sia quella in cui si discuteva dell'usucapione della quota di una farmacia: nella quale non poteva essere dubbio che fondamentalmente si trattasse della gestione di una ben specificata attività imprenditoriale e nella quale non potevano sussistere incertezze in merito alla sua identificazione⁴².

L'importanza del tema, che credo in effetti decisivo ai nostri fini, può essere forse illustrata con un'osservazione per molti aspetti banale. Se è innegabile che l'acquisto per atto *inter vivos* dell'azienda può essere distinto dall'acquisto dei singoli beni di cui si compone e aspirare a una disciplina diversa solo caratterizzando e isolando l'ipotesi in cui l'operazione è funzionale a una *continuazione dell'attività imprenditoriale*⁴³, sembrerebbe inevitabile ritenere che anche l'esigenza di distinguere fra un'usucapione dell'azienda e quella dei singoli beni debba essere soddisfatta utilizzando un criterio analogo.

Il che significa, e anche ciò mi appare banale, che non avrebbe senso porsi il problema dell'usucapione di un'azienda quando per esempio ci si impossessa illegittimamente di

terzo comma, c.c. comunque evidenzia un ruolo per la vicenda circolatoria degli indici formali richiesti per l'opponibilità alla società: v. in tema, per tutti, V. DE STASIO, *Trasferimento della partecipazione nella srl e conflitto fra acquirenti*, Milano, 2009; e da ultimo C. RINALDO, *Usucapione e acquisto a non domino*, cit.

41. E infatti in un ordinamento ove la distinzione fra *titulus* e *modus acquirendi* svolge ancora un ruolo sistematico centrale, mi riferisco naturalmente a quello tedesco, si osserva che la possibilità di considerare il *Unternehmen* come (unitario) *Gegenstand des Rechtsverkehrs* non pone problemi dal punto di vista del *schuldrechtliches Kausalgeschäft*, ma riguardo al *verfügungsrechtliche Ebene*: così espressamente J.W. FLUME, *Vermögenstransfer und Haftung*, Berlin, 2008, p. 51 e p. 65.

42. Tento di esprimermi nella maniera più semplice. Se il trasferimento volontario di azienda è riconoscibile sulla base di una ricostruzione del programma negoziale, quello per cui si vuole *continuare l'impresa*, e se ovviamente a un programma negoziale non si può fare ricorso per la disciplina dell'usucapione, diviene necessario elaborare altri indici perché sia plausibile e si possa utilizzare a fini applicativi una distinzione fra usucapione dell'azienda e usucapione dei singoli beni di cui si compone. Un problema di selezione della fattispecie che neppure si pone quando si tratta di una quota di contitolarità, ove non vi è dubbio che *quella impresa* continua; e che è comunque di agevole soluzione in casi specifici come quello di una farmacia, in cui l'attività può essere svolta *solo continuando* un'impresa identificata. In termini generali, d'altra parte, diviene forse possibile esprimere la sensazione che anche per la «usucapione dell'azienda» un programma negoziale sia necessario: sicché la sua utilizzazione assume un senso quando esso è invalido e/o efficace, divenendo allora in concreto un momento della disciplina della sua impugnativa.

43. Il punto è ora opportunamente sottolineato con forza da M. CIAN nel saggio ricordato a nota 6.

beni altrui e, destinandoli a un'attività imprenditoriale, con essi si costituisce un'azienda. In tal caso si potrà discutere eventualmente dell'usucapione di singoli beni e non potrà essere un'ipotetica diversa disciplina dell'usucapione di azienda a consentire che si prescindano dalla disciplina della prima⁴⁴.

Ma significa anche che non può essere la sola circostanza che un complesso di beni è organizzato come azienda, la loro destinazione cioè all'attività imprenditoriale, a giustificare l'interrogativo (e prescindendo dalla risposta che si ritenga preferibile) se e quale senso abbia una disciplina della sua usucapione in quanto tale [il che in concreto significa *diversa* da quella dell'usucapione dei singoli beni e a essa, aprendosi allora un'ulteriore area problematica, in vario modo sovrapponibile⁴⁵].

Intendo dire che tale interrogativo può avere un senso solo quando la destinazione dei beni all'attività imprenditoriale *presiste* all'impossessamento su cui si vorrebbe fondare l'usucapione e quando allora la vicenda può essere intesa, in termini omogenei a quanto avviene per gli acquisti derivativi dell'azienda, come *continuazione* dell'attività imprenditoriale *altrui*.

Chi pretende di aver usucapito un'azienda pretende in effetti di avvalersi dell'opera di destinazione all'impresa da altri compiuta, opera di destinazione la quale, per le caratteristiche effettuali dell'attività imprenditoriale, prescinde in realtà dalla «proprietà» dei beni così destinati⁴⁶. Sicché presupposto imprescindibile per pensare tale pretesa è l'identificazione dell'attività imprenditoriale che si sostiene di aver «continuato».

44. In termini stilizzati osserverei quanto segue: ammesso che l'usucapione dell'azienda sia soggetta a una disciplina diversa dalla usucapione dei singoli beni di cui si compone, ciò potrebbe spiegarsi solo per una scelta dell'ordinamento di definire in termini diversi l'equilibrio fra l'interesse del «proprietario» della prima e quelli di certezza e stabilità che la disciplina dell'usucapione vuole tutelare; sicché l'eventuale disciplina *specificata* dell'usucapione dell'azienda non può non presupporre un suo precedente «proprietario». Detto in altro modo: (mi) sembra difficile pensare che il proprietario cui sia stato sottratto un bene possa subire una disciplina dell'usucapione differente a seconda che il possessore l'utilizzi oppure no come elemento di un complesso aziendale.

45. Mi sembra infatti che, al di là di formulazioni generiche e spesso astratte, uno dei punti di maggior rilievo della tematica cui si sta accennando, ma anche fra quelli più critici, riguarda l'interrogativo se e in che modo l'usucapione dell'azienda può riflettersi sulla proprietà dei beni di cui si compone: e v. per tutti, manifestando piena consapevolezza del tema, i rilievi di M. CIAN, *L'azienda tra diritto dei beni e regolazione dei fatti d'impresa*, cit., p. 691 ss.; e F. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 95. Un punto che mi sembra particolarmente critico poiché è in grado di evidenziare (quella che a me pare) un'aporia del nostro argomento: se di un'usucapione dell'azienda ha un senso parlare in quanto la si consideri giuridicamente un «bene» diverso da quelli singoli di cui si compone e per la sua usucapione sia necessaria una differente disciplina, non del tutto comprensibile diviene poi la questione concernente il modo in cui usucapendo tale «bene» si possano usucapire *anche altri* da esso diversi; ma se non ne deriva anche l'acquisto di questi beni e per essi si rimane allora esposti all'azione di rivendicazione, l'usucapione dell'azienda si riduce a quella del «diritto di esercitare l'impresa», un «diritto» il quale, seppur così lo si volesse denominare, non richiede la preesistenza di un diverso titolare e anzi, come insegnava il suo più autorevole teorico, R. NICOLÒ (v. i lavori ricordati alle note 4 e 35), si acquista in via di principio, salvo particolari discipline pubblicistiche, esclusivamente a titolo originario. Il che, come già osservato, potrebbe spiegare perché il problema sia in concreto emerso solo in un contesto, quello delle aziende farmaceutiche, ove appunto è presente una disciplina pubblicistica riguardante tale «diritto».

46. Cfr. fra gli altri, sottolineando particolarmente il punto, P. SPADA, *Lezione sull'azienda*, in *L'impresa*, a cura di B. LIBONATI e P. FERRO-LUZZI, Milano, 1985, p. 50 ss.

D'altra parte, chi a tale pretesa si oppone e vuole invece affermare la propria «proprietà» dell'azienda ugualmente non può limitarsi a una considerazione della situazione materiale dei beni di cui si compone, ma necessariamente deve identificare tale attività imprenditoriale, in definitiva sostenendo essere stata sua l'opera di destinazione dei beni e organizzazione dell'attività medesima.

Perciò non credo un caso che l'unica vicenda giurisprudenziale in cui il problema si è concretamente posto aveva *in re ipsa* risolto questo problema di identificazione dell'impresa e di controversia in merito a chi potesse «continuarla»: poiché si trattava di un'attività imprenditoriale, l'esercizio di una farmacia, nella quale per un verso assume particolare rilievo la differenza fra il valore economico dell'attività e quello della somma dei singoli beni di cui l'azienda si compone (spiegandosi perciò il peculiare interesse della pretesa a «continuare» la prima) e per un altro verso il regime amministrativo (per di più con una regola di numero chiuso) è tale da escludere la possibilità di incertezze nel soddisfare l'esigenza di identificazione di cui si sta qui discutendo; mentre ciò era ancor più esplicito trattandosi in effetti non dell'azienda in quanto tale, bensì di una quota della sua «comproprietà», anche in tal modo, evidentemente, escludendosi ogni possibilità di dubbi o incertezze in merito all'identificazione dell'attività imprenditoriale cui ci si riferiva.

E neppure mi sembra un caso che in tale vicenda, in termini per questo aspetto omogenei a quelle in cui si è discusso di un'usucapione di partecipazione sociale, la questione è stata posta ai giudici in un contesto processuale in cui la «continuazione» di cui stiamo discorrendo si sarebbe potuta giustificare con un «titolo», il quale però si doveva ritenere inefficace a tal fine.

Sicché la presenza nella vicenda di tale «titolo», se per un verso ulteriormente contribuiva a risolvere quel problema di identificazione, per un altro assegnava in concreto all'usucapione il ruolo di strumento per opporsi alla contestazione della sua efficacia.

8. Le disordinate e approssimative osservazioni che precedono consentono di delineare alcune ipotesi costruttive di carattere generale le quali, nella presente sede inevitabilmente sommarie e apodittiche, potrebbero forse meritare un qualche approfondimento.

Si tratta in primo luogo dell'assunto, che mi sembra chiaramente confermato dall'esperienza giurisprudenziale, secondo cui, risultando l'azienda da una decisione di autonomia privata, quella di destinare un complesso di beni all'esercizio dell'impresa, tale decisione e tale destinazione (sottolineerei: ugualmente riconoscibili, in certo senso a maggior ragione, nella società) rappresentano eventi i quali di per sé non riguardano la proprietà dei singoli beni e non possono quindi contribuire al suo acquisto.

Ciò del resto corrisponde al rilievo elementare che, se un'azienda è giuridicamente riconoscibile anche senza la proprietà dei beni, sarebbe illogico pensare che la sua costituzione possa svolgere un ruolo al fine di acquistarla⁴⁷.

Ma ciò in definitiva viene espresso anche quando l'azienda viene descritta come un «bene» diverso da quelli di cui si compone. In tal modo l'atto di destinazione da cui risulta assumerebbe il significato di «creazione» di tale «bene» e non potrebbe riguardare perciò, in quanto tale, la proprietà di quelli singoli: da questa proprietà si può prescindere per quella «creazione» e non può perciò questa rappresentare *in quanto tale* una vicenda della proprietà medesima⁴⁸.

Perciò, e ritengo questa la principale indicazione che può essere tratta dalla casistica giurisprudenziale in tema di usucapione, l'azienda e le sue vicende non riguardano di per sé una (situazione definibile come) proprietà, bensì l'esercizio dell'impresa⁴⁹. E di conseguenza le controversie sulla «proprietà» dell'azienda (ivi comprese quelle in cui viene proposto un tema di usucapione) concernono essenzialmente la legittimità dell'esercizio di un'impresa; sono allora in via di principio suscettibili di porsi soltanto fra chi ha costituito un'azienda avviando l'impresa e chi pretende di avere un titolo per continuarla.

È questo il motivo, ritengo, per cui il problema si è concretamente posto (soltanto) con riferimento a un'ipotesi specifica come quella dell'esercizio di una farmacia: in quanto in tal caso il regime amministrativo impedisce la coesistenza di due imprese e la continuazione dell'attività da parte di altri varrebbe, se irreversibile, a sottrarre tale possibilità all'originario titolare.

Sicché, a ben guardare, quando questo secondo propone un'azione di «rivendicazione» intende soprattutto impedire tale continuazione e contesta così il titolo con cui si pretende di giustificarla; mentre quando il primo gli oppone un'avvenuta «usucapione» vuole essenzialmente far valere tale titolo e utilizzare il decorso del tempo per neutralizzare la sua allegata inefficacia.

47. Osserverei del resto che, al fine di individuare un'azienda, neppure sembra poter assumere un qualche rilievo la distinzione, decisiva invece nella disciplina generale dell'usucapione, fra possesso e detenzione (si pensi alla possibilità di un'azienda di cui facciano parte beni in locazione): per essa è centrale la diversa prospettiva della destinazione e utilizzazione per l'esercizio dell'impresa. Mentre, a differenza di quanto avviene con le universalità (cui spesso nel nostro contesto è avvicinata), non vi è in ogni caso alcuna esigenza che la destinazione di una pluralità di beni sia qualificata dalla loro comune appartenenza.

48. Senza ovviamente escludere che l'utilizzazione del bene come elemento del complesso aziendale possa essere qualificato nel caso concreto (come normalmente potrebbe accadere) *anche* come possesso idoneo a rendere applicabile la disciplina dell'usucapione.

49. Sotto questo profilo mi sentirei di osservare che sia merito indiscutibile del saggio di M. CIAN ricordato a nota 6 aver sottolineato l'esigenza di comprendere le vicende dell'azienda nel loro significato per la disciplina dell'impresa; ma che la scelta di trascurare proprio l'orientamento che più di tutti ha approfondito il ruolo *normativo* e sistematico della prospettiva dell'attività, non tanto e non soltanto sul piano della fattispecie, quello notoriamente inaugurato da P. FERRO-LUZZI (v. i richiami a nota 5), gli abbia impedito di porsi il problema, che a me pare centrale, se e in che senso in tale prospettiva vi sia spazio per temi come quello della «proprietà» ad altre prospettive e a un altro sistema ispirati.

Intendo dire che anche in generale è certamente pensabile, come estrema ipotesi di scuola, l'eventualità dell'illegittimo impossessamento di un'azienda altrui. Ma tale ipotesi, che certamente può porre problemi ai fini dell'applicazione di discipline come quelle degli artt. 1148 ss. cod. civ., non mi sembra di per sé in grado di far emergere questioni (che in effetti nella giurisprudenza non sono emerse) da risolvere tecnicamente discorrendo di una «rivendicazione» cui si contrappone un'«usucapione» dell'azienda, far emergere cioè questioni in termini di *esclusività e incompatibilità* di due posizioni imprenditoriali⁵⁰: poiché in concreto il successo della prima, se potrebbe condurre alla restituzione dei beni compresi nell'azienda, non potrebbe comunque impedire che l'«usurpatore» prosegua, eventualmente con altri beni, l'attività che svolgeva; potendosi altrettanto osservare, a parti invertite, nel caso di accoglimento della seconda pretesa.

Forse allora il punto centrale del tema si coglie riflettendo sul possibile senso di un'osservazione, proposta in termini del tutto incidentali, delle Sezioni unite: quando ritengono che norme, «dettate per gli acquisti derivativi, diventano applicabili per analogia agli acquisti a titolo originario, qual è appunto l'usucapione».

Ne risulta infatti l'interrogativo riguardante il senso che può assumere, con riferimento specifico all'azienda, l'ipotesi di un acquisto a titolo originario: quando il suo oggetto neppure può essere individuato senza una considerazione della posizione giuridica di un precedente titolare, in mancanza della quale, in effetti, può discutersi al massimo se un'azienda sia stata «creata» e se così facendo, in concreto organizzando e destinando all'impresa un complesso di beni, si possa realizzare una vicenda la quale con il concorso di ulteriori elementi (per quanto qui interessa soprattutto il fattore temporale) è in grado di determinare il *loro* acquisto.

Ma ne risulta anche la sensazione, e potrebbe essere questo un ricavo sistematico non trascurabile pure a fini applicativi, che la disciplina analogicamente utilizzata dai giudici (nel caso specifico *obiter*) è stata in effetti quella dell'usucapione: nel senso che di essa ci si è avvalsi in un contesto diverso da quello di sua elezione e ciò al fine di ricavare dal sistema un limite temporale per azioni di restituzione basate sull'inefficacia di un titolo traslativo.

50. Ed è perciò, lo si ripete, che il tema si è concretamente posto nel caso, quello di una farmacia, in cui a causa di un regime pubblicitario la questione poteva porsi in questi termini di esclusività e incompatibilità.

LIBERALITÀ NON DONATIVE E CONTRATTO A FAVORE DI TERZO. AMMISSIBILITÀ E FORMA DI UNA EXPRESSIO CAUSAE SUCCESSIVA*

LUCIA BOZZI

Prof. associato Università di Foggia

SOMMARIO: 1. La “categoria” delle liberalità. Liberalità e gratuità. - 2. Contratto a favore di terzo e liberalità non donativa. L'applicabilità dell'art. 809 c.c. - 3. Liberalità non donative e prestazioni di *favere*: limiti sistematici e spunti problematici. - 4. Contratto “muto” ed *expressio causae* successiva. - 5. La dichiarazione dell'autore della liberalità e la dichiarazione del beneficiario della liberalità. Inidoneità degli artt. 1988, 2720 e 2730 ad esplicitare la natura liberale di un precedente atto. - 6. L'efficacia preclusiva del negozio di accertamento e la sua idoneità ai fini della esplicitazione della liberalità. - 7. L'accertamento del carattere liberale dell'attribuzione a favore del terzo: necessaria bilateralità o sufficiente unilateralità?

1. La “categoria” delle liberalità. Liberalità e gratuità.

Rispetto ad attribuzioni che possono essere realizzate *solvendi* (o *obligandi*) *causa* o a titolo di liberalità - quali per esempio il contratto a favore di terzo - risulta fondamentale stabilire la natura liberale o meno dell'atto. In questa prospettiva, l'utilità di una successiva dichiarazione che disveli tale carattere appare fuori discussione. L'atteggiarsi di tale dichiarazione - la sua ammissibilità, i suoi confini e il suo concreto operare - riassume e riflette, invece, dubbi e incertezze, che muovono a ben vedere dalla stessa definizione di “liberalità”.

La categoria delle “liberalità” si presenta infatti di difficile ricostruzione e la sua distinzione e/o relazione con la donazione e con la gratuità assai incerta¹.

*. Il presente Saggio è stato pubblicato in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Vol. 114, N° 2, 2016.

1. La donazione, paradigma importante e forse ingombrante degli atti di liberalità, ha tradizionalmente costituito non *un* modello, ma *il* modello di negozio a titolo gratuito con il quale tutti gli altri, tipici ed eventualmente atipici, hanno dovuto confrontarsi. Così per un verso la dottrina ha cercato di individuare criteri per distinguere tra donazione e altri negozi a titolo gratuito (specie tipici) e per altro verso ha tentato di ricondurre alla donazione ogni negozio a titolo gratuito (specie atipico). Se però la donazione, come già oltre un secolo fa osservava Savigny rappresenta non un vero e proprio tipo, ma piuttosto un carattere generale (F.C.VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, IV, Berlin, 1841, p. 3, «in allgemeiner Charakter [...] welchen die aller verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können») questi sforzi dogmatici appaiono a ben vedere scarsamente utili: individuare criteri di distinzione rispetto a un certo modello o tentare una sorta di riconduzione forzata allo stesso, se il modello non può definirsi propriamente tale, ma costituisce una sorta di carattere generale, che si accompagna a varie fattispecie negoziali, risulta chiaramente un'operazione di dubbia utilità. D'altra parte, se la donazione rappresenta invece un vero e proprio tipo quegli stessi tentativi risultano sopravvalutati

L'espressione "liberalità" nel codice risulta riferita, esplicitamente o implicitamente, a fattispecie quanto mai eterogenee. Esplicitamente l'espressione è utilizzata per la definizione della donazione (art. 769 c.c.); della donazione remuneratoria (art. 770, c. 1, c.c.); delle liberalità compiute in conformità agli usi o in occasione di servizi resi, (che a norma dell'art. 770, c. 2, c.c. "non costituiscono donazione"); per indicare gli atti diversi dalla donazione dai quali la liberalità "risulta" e assoggettarli ad alcune regole della donazione (art. 809, c. 1, c.c.). In modo implicito, per affermare o escludere la collazione, sono qualificate (ai sensi dell'art. 809, c. 2, c.c.) liberalità le assegnazioni o spese in favore dei discendenti effettuate a causa di matrimonio, di avvio a una professione, per pagamento di debiti o premi assicurativi (che l'art. 741 c.c. espressamente assoggetta a collazione); le spese a favore dei discendenti per mantenimento, educazione, malattie, abbigliamento e nozze (escluse viceversa dalla collazione ex art. 742, c. 1, c.c.), nonché quelle per istruzione professionale o per corredo nuziale (sottratte solo se e in quanto non eccedenti la misura ordinaria, ex art. 742, c. 2, c.c.).

In alcune ipotesi, la "autosufficienza" della disciplina normativa rende indifferente la qualifica, salvo chiedersi fino a che punto essa possa rispetto ad alcune fattispecie, come per esempio le spese a favore dei discendenti per mantenimento, educazione o malattie, considerarsi appropriata. In altre ipotesi, la qualifica assume invece rilievo decisivo. Il nodo problematico è rappresentato dall'art. 809 c.c., norma di chiusura (o apertura?), che impone all'interprete il non facile compito di individuare le "liberalità" che "risultano da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769", le quali «sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli, nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari».

Dalla formulazione dell'art. 809 c.c. sembra pertanto evidente che la liberalità non si esaurisce nella donazione (che pure nella sua definizione normativa richiama lo spirito di liberalità), anche se certamente attraverso la donazione può realizzarsi una liberalità, né si esaurisce nella gratuità, potendo la liberalità realizzarsi anche attraverso un negozio oneroso. La non coincidenza tra donazione e liberalità può considerarsi indiscussa, e così pure la possibilità che una liberalità si realizzi attraverso un negozio a titolo oneroso; le difficoltà in quest'ultimo caso non sembrano infatti essere di tipo concettuale ma piuttosto applicativo: decidere quando ci si trovi davanti a una liberalità. La relazione e la distinzione tra liberalità e gratuità, o meglio tra atti di liberalità e atti a titolo gratuito, si presenta invece più problematica e merita di essere quanto meno accennata perché

e non del tutto giustificabili: un tipo è soltanto *uno* schema di organizzazione degli interessi (tra i vari possibili disciplinati dal legislatore e tra quelli potenzialmente innumerevoli non disciplinati) e non *il* paradigma di un confronto o *il* modello esclusivo al quale assimilare tutti gli altri che regolano interessi più o meno simili, specie in un sistema, come il nostro, di *Typenfreiheit*.

fonte di potenziali equivoci e (discutibile) giustificazione dei tentativi volti ad escludere dall'ambito applicativo dell'art. 809 c.c. fattispecie qualificate (soltanto come) "gratuite" che, a ben vedere, realizzano però una liberalità.

Secondo parte della dottrina, il *discrimen* tra atti gratuiti e atti di liberalità consisterebbe nell'arricchimento, che sarebbe presente solo negli atti di liberalità². La nozione di arricchimento risulta però insufficiente a connotare la categoria delle liberalità. In primo luogo, occorrerebbe intendersi sul suo esatto significato, posto che in senso economico (inteso cioè come incremento patrimoniale) arricchimento potrebbe in concreto mancare sia nell'ipotesi di donazione modale sia nell'ipotesi di attribuzione di un bene avente valore meramente affettivo. Soprattutto, la distinzione tra l'arricchimento conseguente ad un atto di liberalità e il vantaggio derivante da un atto a titolo gratuito si rivela a ben vedere poco persuasiva. Ogni negozio gratuito importa infatti un vantaggio economico per una parte e un connesso svantaggio per l'altra. Né sembra convincente e sufficiente a superare il rilievo obiettare che nell'ultima ipotesi «la fattispecie causativa della liberalità è vista non già nel negozio gratuito, ma in una tacita rinuncia al corrispettivo»³. L'obiezione ha il sapore di una finzione⁴, che la consapevolezza delle indubbie difficoltà che comporterebbe ammettere che anche gli atti a titolo gratuito possono essere idonei a produrre una liberalità non sembra idonea a giustificare. Tali difficoltà non sembrano infatti costituire sul piano logico un valido argomento per distinguere le due categorie espungendo dall'area delle liberalità gli atti a titolo gratuito.

Altri ha assunto ad elemento caratterizzante e distintivo della categoria degli atti di liberalità lo spirito di liberalità o *animus donandi*. Tuttavia, anche la definizione di *animus donandi* appare tutt'altro che univoca⁵. L'*animus donandi* può essere (ed infatti è stato) interpretato in senso decisamente soggettivo, come "motivo", intento⁶, finendo così con

2. Cfr. A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, XXII, Milano, 1956, p. 5 ss.; F. MAROI, *Delle donazioni*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1941, p. 30 ss.; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità*, Milano, 1942, p. 285; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, parte I, t. 1, VIII ed., Milano, 1954, p. 8 ss. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, Rist. della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, p. 289, osserva che «se è proprio di ogni liberalità l'*animus donandi* come intenzione di arricchire, è anche propria di ogni altro atto gratuito l'intenzione di avvantaggiare altri ed è chiaro che la seconda non si distingue dalla prima se non in quanto le due intenzioni si qualificano in funzione della particolarità del vantaggio che si intende arrecare, vantaggio che nella donazione è dato dall'arricchimento e negli altri atti gratuiti è determinato di volta in volta dal contenuto della prestazione».

3. U. CARNEVALI, *Liberalità (atti di)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 217.

4. È lo stesso U. CARNEVALI, op. loc. cit., ad ammetterlo. Nello stesso senso A. CHECCHINI, *Liberalità (atti di)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, § 6.3, p. 4, il quale ritiene «Escluso, [...] che il problema possa risolversi fingendo esistente la rinuncia ad un corrispettivo (che volutamente non è stato previsto dalle parti né può sorgere *ex lege*)».

5. Sull'*animus donandi* v. A.C. JEMOLO, *Lo "spirito di liberalità". Riflessione su una nozione istituzionale*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Torino, 1960, p. 937 ss.

6. Così F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 135; F. MAROI, *Delle donazioni*, cit., p. 62 ss.; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità*, cit., p. 272. G. OPPO, op. cit., p. 77, nt.1, sottolinea l'autonomia dell'elemento soggettivo

l'identificarsi, in buona sostanza, con la stessa coscienza del donante di conferire un vantaggio *nullo iure cogente*, ossia con la stessa volontà di donare⁷. Ovvero, può essere (ed è stato) interpretato in senso oggettivo: punto di riferimento sarebbe in tal caso l'arricchimento e il correlativo impoverimento del donatario⁸. In ambedue i casi, a causa della sua stessa indeterminatezza e genericità, lo spirito di liberalità non sembra poter costituire un criterio distintivo appagante.

Il tentativo di superare l'*impasse* specificando che possono considerarsi atti di liberalità solo quelli compiuti allo scopo di soddisfare direttamente un interesse di natura non patrimoniale del disponente⁹ appare coerente sotto il profilo sistematico, ma inappagante sotto il profilo applicativo. Esso risulta infatti in grado di svolgere appieno la propria funzione distintiva solo nelle (rare) ipotesi "estreme", laddove cioè l'interesse non patrimoniale del disponente sia "socialmente percepibile" in modo inequivoco. Il criterio rivela invece i limiti, forse ontologici di ogni indice distintivo in materia, nelle (numerose) ipotesi ove la non patrimonialità dell'interesse del disponente non sia "socialmente percepibile" in modo univoco, ovvero non sia possibile escludere con certezza (quanto meno) la coesistenza con altri interessi di natura patrimoniale.

In tale prospettiva è possibile chiedersi se sia ancora possibile (e utile) tentare di individuare a ogni costo un tratto distintivo tra figure - atti di liberalità e atti gratuiti - che nella pratica si lasciano molto poco chiaramente distinguere.

Il rilievo della distinzione non deve infatti essere sopravvalutato. Da un lato, l'atto liberale per antonomasia, la donazione, ha una disciplina propria, esaustiva e (salvo ove specificamente previsto) non estendibile. Dall'altro, è in genere lo stesso legislatore ad attribuire alla gratuità uno specifico rilievo, ricollegando a talune fattispecie "solo" gratuite, alcune conseguenze.

rispetto alla gratuità oggettiva. Per O. *l'animus donandi* costituisce la causa della donazione, e ha una sua rilevanza come elemento autonomo; la volizione, intesa come volontà dell'effetto non esaurisce infatti l'elemento soggettivo del negozio, ma lascia fuori i moventi della volontà, tra cui il movente ultimo, che è la causa, soggettiva, e al quale si richiama *l'animus donandi*. «L'*animus* si distingue dalla volontà del risultato gratuito (volontà di attribuire senza corrispettivo) come la causa in genere si distingue dalla volontà dell'effetto: esso non è il volere quanto la ragione del volere»; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 110 ss., per C. questo modo di intendere lo spirito di liberalità, e cioè come motivo che spinge il donante a contrattare, sarebbe inconciliabile con la normativa dettata per la donazione e incompatibile con il disposto dell'art. 794. Cfr. anche G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da G. Grosso - F. Santoro Passarelli, II, fasc. IV, Milano, 1964, p. 41, per il quale «l'arricchimento e l'impoverimento non sono affatto caratteristica del contratto di donazione, e talvolta possono persino mancare [...] è essenziale che il donante intenda attribuire al donatario, e quindi gli faccia acquistare, un diritto patrimoniale [...] senza corrispettivo».

7. Sul punto v. A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 254 ss., e ivi soprattutto p. 265.

8. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità, solidarietà. Contributo allo studio delle prestazioni non onerose*, Milano, 1998, p. 64 ss. V. anche A. CHECCHINI, op. ult. cit., p. 262 ss. e F.M. D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale. Profili di rilevanza donativa delle obbligazioni di fare gratuite*, Padova, 1996, p. 42 ss.

9. A. CHECCHINI, op. ult. cit., p. 268 ss.

Atti gratuiti e atti di liberalità sul piano della disciplina sono destinati ad incontrarsi solo attraverso l'art. 809 c.c., sul terreno delle liberalità non donative. Tracciare i confini dogmatici della categoria delle liberalità risulta perciò irrinunciabile per l'interprete solo nella misura in cui possa fornirgli il reale criterio distintivo e l'indice di riconoscimento delle liberalità non donative.

La categoria, costruita per sottrazione da quella delle liberalità *tout court*, si presenta però assai difficile da ricondurre in rigidi schemi classificatori¹⁰.

L'uso, come visto "eterogeneo" e "atecnico" della espressione liberalità da parte del legislatore e la formulazione dell'art. 809 c.c., nella quale sembra assumere rilievo esclusivamente il risultato di liberalità, inducono a dubitare della possibilità stessa di individuare una categoria unitaria se non sul piano degli effetti. Solo su questo piano del resto è possibile ricomprendere nella categoria le liberalità risultanti da negozi a titolo oneroso e, soprattutto, attribuire alla categoria stessa un significato non solo classificatorio.

La varietà tipologica degli strumenti attraverso i quali può realizzarsi una liberalità non donativa porta a interrogarsi sull'utilità di addentrarsi in (tentativi di) definizioni. Sembra pertanto preferibile spostarsi dal piano dei concetti a quello degli interessi e guardare agli atti di liberalità (non donativa) in funzione del risultato, dell'effetto cioè che essi sono chiamati a realizzare: un incremento oggettivo e "voluto" nella sfera del beneficiario al quale non corrisponde alcun corrispettivo¹¹.

A qualificare più precisamente tale effetto si potrà richiamare lo spirito di liberalità che dovrebbe caratterizzarlo, precisando anche che tale può essere solo l'interesse non patrimoniale del disponente, nella consapevolezza però che più che di un indice distintivo, si tratta piuttosto di un indice ermeneutico, chiamato a valutare il risultato dell'arricchimento senza corrispettivo. In tale prospettiva, risulta essenziale l'indagine ermeneutica di ogni singolo atto: occorrerà infatti di volta in volta verificare se l'attribuzione, pur in assenza di corrispettivo (immediato), non si inserisca in una più complessa operazione negoziale che finisca con il mettere in discussione la sua stessa gratuità¹² o se invece ci si

10. Sul punto A. PALAZZO, *Le donazioni indirette*, in *La donazione, Trattato* diretto da G. Bonilini, Torino, 2001, pp. 53-54, osserva: «Il fatto è che non è dato registrare un concetto unitario di donazione indiretta, tale cioè da essere sufficientemente collaudato per ricomprendere con la necessaria coerenza ricostruttiva l'intera gamma di cause di attribuzione dei diritti a titolo liberale».

11. Cfr. U. CARNEVALI, *Liberalità* (atti di), cit., p. 215 ss., «In altri termini, la liberalità va configurata tecnicamente come un effetto economico che discende direttamente o indirettamente dall'adozione di svariati strumenti, e non già invece come una causa».

12. L'analisi della giurisprudenza evidenzia come il richiamo allo "spirito di liberalità" venga utilizzato al fine di escludere la qualifica di liberalità rispetto ad attribuzioni prive di corrispettivo che si presentano *alimunde* giustificate o comunque quali frammenti di operazioni negoziali più complesse. In questa prospettiva, non costituiscono certamente atti donativi le prestazioni "gratuite" (*rectius*, senza corrispettivo) effettuate nella definizione dei rapporti familiari nei casi di crisi coniugale o all'interno di gruppi societari a beneficio dell'intero gruppo ovvero effettuate con l'intento di incorporare dal proprio patrimonio determinati oneri passivi o di rea-

trovi davanti a una liberalità non donativa, con tutte le implicazioni che una simile qualificazione comporta.

2. Contratto a favore di terzo e liberalità non donativa. L'applicabilità dell'art. 809 c.c.

Emblematico della difficoltà di qualificare *a priori* una operazione negoziale in termini di liberalità non donativa o meno si presenta il contratto a favore di terzo. Il meccanismo di tale contratto, oltre che operare *solvendi* o *obligandi causa*¹³ potrebbe infatti essere, (e anzi è spesso) utilizzato per realizzare una liberalità indiretta, o non donativa, non soggetta ai requisiti formali previsti per la donazione ma comunque idonea a determinare un oggettivo incremento del patrimonio del beneficiario.

Le implicazioni di tale qualificazione non sono di scarso rilievo¹⁴.

L'esplicito riferimento agli atti diversi dalla donazione contenuto nell'art. 809 c.c. ha monopolizzato l'attenzione della dottrina sul versante del diritto delle successioni. Prima di soffermarsi su tale profilo occorre tuttavia chiedersi se non sia possibile attribuire rilievo al carattere liberale dell'attribuzione anche al di là dell'eventuale lesione della legittima. Guardando alla *ratio* sottesa alle varie disposizioni previste per il donatario sembra infatti possibile domandarsi se alcune di esse non siano, sia pure solo parzialmente, "adattabili" anche al beneficiario di una liberalità indiretta¹⁵. E così, per esempio, mentre tale adattabi-

lizzare risparmi di spesa futuri. Rispetto a tali attribuzioni è legittimo chiedersi se siano effettivamente compiute *nullo iure cogente* nonché a ben vedere interrogarsi sulla loro stessa "gratuità" e comunque sembra evidente che si tratta di ipotesi non equiparabili, per esempio, al comodato di un bene di valore considerevole per un periodo di tempo significativo. Sul punto, Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 808, con nota di D. SINESIO, *Separazione di fatto e accordi fra coniugi*; Cass., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1222, con nota di richiami di G. La Rocca; Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2936, con nota di G. LA ROCCA, *L'interesse di gruppo nella recente giurisprudenza: «cause suffisante» e «cause raisonnables»* dei rapporti infragruppo; Cass., 31 gennaio 2012, n. 1338, in *Banca dati De Jure*.

13. La stipulazione in favore del terzo potrebbe inserirsi in un'operazione economica più ampia: l'adempimento di una preesistente obbligazione dello stipulante nei confronti del terzo beneficiario (*causa solvendi*) ovvero l'assunzione, in seguito alla stipulazione, di una obbligazione nei confronti dello stipulante, che verrà soddisfatta dal terzo, debitore dello stipulante (*causa obligandi*). L'interesse delle parti all'utilizzo di un simile meccanismo è rappresentato dall'economia dei mezzi giuridici: si evita in tal modo una "doppia stipulazione", comunque fonte di oneri.

14. Basti pensare, per esempio, all'esperibilità dell'azione revocatoria, ordinaria e fallimentare, da parte dei creditori dello stipulante o del curatore. Sul punto v. L. BOZZI, *Del contratto a favore di terzi*, Art. 1411, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, artt. 1387- 1424, Torino, Utet giuridica, 2012, p. 311 ss.

15. Sul punto Cass., 12 novembre 1992, n. 12181, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 114, dove in massima «L'art. 809 c.c., il quale stabilisce quali norme della donazione sono applicabili alle liberalità che risultino da atti diversi, deve essere interpretato restrittivamente, nel senso che alle liberalità anzidette non si applicano tutte le altre norme da esso non richiamate; ne consegue che l'art. 778 c.c., che detta limiti al mandato a donare, non essendo richiamato dal citato art. 809, non è applicabile al mandato a stipulare un *negotium mixtum cum donatione* (nella specie, vendita il cui prezzo era stato stabilito in misura notevolmente superiore a quello di mercato)».

lità sembra difficilmente ipotizzabile rispetto agli artt. 797 e 798 c.c., dal momento che la prestazione è effettuata al terzo dal promittente, l'art. 437 c.c. potrebbe forse consentire all'interprete maggiore "manovrabilità". Infatti, pur riferendosi la norma esplicitamente al donatario, per le ragioni a fondamento di essa, l'attribuzione patrimoniale effettuata dal beneficiario di una liberalità potrebbe considerarsi (almeno) adempimento di obbligazione naturale¹⁶, escludendosi così l'obbligo restitutorio che graverebbe su una prestazione altrimenti *sine causa*.

Così pure dovrebbe considerarsi applicabile alle liberalità non donative, e quindi al contratto a favore di terzo stipulato con finalità liberali, anche l'art. 179, lett. b), c.c.¹⁷, ed è stato dalla giurisprudenza ritenuto applicabile anche l'art. 775 c.c.¹⁸.

Certamente la qualifica del contratto a favore di terzo quale atto a titolo gratuito e in particolare quale liberalità non donativa pone, come detto, soprattutto il problema della assoggettabilità di tale fattispecie all'art. 809 c.c., in quanto norma espressamente "dedicata" alle liberalità diverse dalla donazione, alle quali viene estesa (proprio da tale norma) l'applicabilità della disciplina dettata in tema di revocazione e riduzione. Nella disposizione può rintracciarsi l'intenzione del legislatore di equiparare, nella massima misura possibile, il trattamento successorio delle liberalità diverse dalla donazione a quello per questa previsto dall'art. 769 c.c. Il concreto operare di tale equiparazione deve tuttavia confrontarsi con le difficoltà che derivano dall'applicabilità *tout court* dei rimedi previsti dall'art. 809 c.c. alle liberalità non donative, e quindi alla stipulazione in favore di terzo.

Il problema, affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalentemente rispetto all'azione di riduzione, per le sue (più) rilevanti conseguenze sul sistema circolatorio, ma almeno parzialmente estendibile alla collazione e alla revocazione¹⁹, concerne

16. U. CARNEVALI, *Liberalità* (atti di), cit., p. 223 «va applicata ad atti di liberalità diversi dalla donazione anche la norma dell'art. 437 c.c. [...] ciò è imposto dalla *ratio* stessa della disposizione, che ha riguardo non già alla forma con cui la liberalità viene attuata, ma all'effetto economico proprio della liberalità stessa».

17. Cfr. Cass., 15 novembre 1997, n. 11327, in *Foro it.*, 1999, I, p. 994, e in *Contratti*, 1998, p. 242, con nota di G.F. BASINI, *Donazione indiretta e applicabilità dell'art. 179, lett. b), c.c.*, dove in motivazione si afferma «la lettera della disposizione [art. 179, lett. b)], che parla di «liberalità» e non di «donazione», non consente di limitarne la portata alle sole liberalità previste dall'art. 769». Cass., 8 maggio 1998, n. 4680, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3120. *Contra* App. Napoli, 19 luglio 1994, in *Giur. merito*, 1996, p. 78, «In caso di donazione indiretta di un immobile, da parte del genitore al figlio coniugato in regime di comunione dei beni, l'immobile stesso entra a far parte della comunione legale dei beni, non essendo invocabile l'art. 179, lett. b), c.c. che, riferendosi alla sola donazione, non è applicabile a differenti atti (nel caso di specie compravendita) pur se posti in essere per spirito di liberalità».

18. Trib. Torino, 1° ottobre 2008, in *Banca dati De Jure*, dove in motivazione si afferma: «È vero che, ..., l'art. 809 c.c. concernente le norme delle donazioni applicabili ad altri atti di liberalità non richiama anche l'art. 775 c.c. e che si tratta di una norma di chiusura, occorre tuttavia valutare che l'art. 775 c.c. costituisce una disposizione di ordine pubblico attinente alla tutela degli incapaci sicuramente applicabile ad ogni atto di liberalità atipico qualora le altre norme dell'ordinamento siano insuscettibili di garantirne la tutela».

19. Osserva G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. Notar.*, 2009, p. 819 ss., che «Si realizza, [...], con specifico riguardo alla categoria delle liberalità non donative, un singolare avvicinamento degli obiettivi raggiungibili attraverso forme di tutela diverse, come collazione e riduzione, e ciò perché viene

essenzialmente l'efficacia recuperatoria dell'azione di riduzione nei confronti del beneficiario e dei suoi aventi causa.

Con specifico riguardo al contratto a favore di terzo, allo scopo di evitare le conseguenze negative sul sistema circolatorio derivanti dall'effetto recuperatorio dell'azione di riduzione sul bene oggetto della stipulazione effettuata a fini di liberalità, parte della dottrina ha tentato di identificare l'oggetto della liberalità nel credito rinunciato. Si è così sostenuto che l'arricchimento deriverebbe al terzo dall'intero schema negoziale programmato, nel quale "la liberalità è frutto di una materiale rinuncia al credito nei confronti del terzo nominato, credito derivante appunto dalla nomina che produce il trasferimento del bene immobile direttamente in capo al terzo": la liberalità indiretta si realizzerebbe pertanto tramite la remissione del debito e oggetto di essa sarebbe il denaro²⁰.

La ricostruzione appare artificiosa e non del tutto convincente. La remissione del debito presuppone l'esistenza di un credito giuridicamente esigibile. Nella stipulazione a favore di terzi (già al momento della stipulazione voluta dallo stipulante) con finalità donative, un simile credito in capo allo stipulante non nasce. Diversamente, ne potrebbe essere in ipotesi richiesto l'adempimento e il contratto a favore di terzo finirebbe con l'incidere, in senso sfavorevole, sulla sfera giuridica del terzo²¹.

In prospettiva più generale, la concreta operatività di collazione e riduzione rispetto alle liberalità non donative non è stata per lungo tempo oggetto di particolare attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza. Il problema dell'individuazione dell'oggetto della liberalità, al quale è strettamente collegato quello dell'efficacia recuperatoria della riduzione, ove si poneva, era solitamente risolto nel senso che ad uscire effettivamente dal patrimonio del donante era il denaro e non il bene.

La tesi era rafforzata dalla circostanza che l'opposta soluzione - vale a dire considerare oggetto di donazione il bene acquistato - accolta nel progetto preliminare del libro delle successioni all'art. 357, fu poi abbandonata dal legislatore in sede di stesura definitiva. Si riteneva pertanto che per la determinazione dell'oggetto di collazione e di riduzione, dovesse applicarsi analogicamente l'art. 1923 c.c., che prevede che oggetto di collazione e riduzione, in caso di assicurazione sulla vita a favore di terzo, sono esclusivamente i premi pagati, non la somma incassata e quindi ciò di cui si era spogliato il donante (in genere,

meno, in questo specifico ambito, la *ratio* che giustifica (con riguardo alla donazione tipica) il più forte risultato recuperatorio della seconda: la ricomposizione del patrimonio del *de cuius* in vista dell'operare della successione necessaria». Ma sul punto v. *infra*.

20. V. TAGLIAFERRI, *L'intestazione di immobile a nome altrui tramite contratto a favore di terzo*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato, Il Sole24Ore, 2008, p. 112.

21. Naturalmente è invece possibile prospettare un contratto a favore di terzo *obligandi causa* e una successiva remissione del credito da parte dello stipulante. In questo caso la liberalità deriverebbe però (direttamente) dalla remissione, non dal contratto a favore di terzo, che avrebbe solo dato origine al credito.

denaro, per cui non sarebbe più stata possibile azione di restituzione verso i terzi) e non l'arricchimento del donatario²².

Successivamente la giurisprudenza (e segnatamente la S.C.) ha mutato il proprio orientamento e ha affermato che oggetto della liberalità non sarebbe ciò di cui il donante si è spogliato (in genere, denaro), ma ciò che è entrato nel patrimonio del donatario (in genere, un immobile)²³.

22. In dottrina v. per tutti A. TORRENTE, op. cit., p. 72 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 25 gennaio 1960, n. 68, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 478; Cass., 7 dicembre 1962, n. 3299, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 227; Cass., 21 gennaio 1963, n. 86, in *Mass. Giust. civ.*, 1963; Cass., 28 febbraio 1987, n. 2147, in *Vita not.*, 1987, p. 747. *Contra* Cass. 29 marzo 1946, n. 335, in *Foro it.*, 1946, I, p. 714 (rimasta a lungo isolata); Cass., 31 gennaio 1989, n. 596, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 752, con nota di M.G. UGLIETTI, *Reintegrazione della quota di riserva dei legittimari - Azione di riduzione*, ove in massima «Nel caso di intestazione al discendente di un bene immobile da parte dell'ascendente, il quale abbia provveduto direttamente al pagamento del prezzo al venditore, oggetto della collazione, in sede ereditaria, è l'immobile e non una somma di denaro pari al prezzo» e Cass., 6 maggio 1991, n. 4986, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2285 e 2981 (m), con nota di N. DI MAURO, *Ancora sull'individuazione dell'oggetto della liberalità ai fini della riunione fittizia (art. 556 c.c.), della imputazione ex se (art.564, 2° comma, c.c.) e della collazione (art. 737, 1° comma, c.c.)*, ove in massima «In tema di azione di riduzione nel caso in cui l'ascendente provveda con proprio denaro al pagamento del prezzo di un immobile che risulta acquistato dal discendente, costituendo la vendita mero strumento formale di trasferimento della proprietà del bene per l'attuazione di un complesso procedimento di arricchimento del destinatario di detto trasferimento, si ha donazione indiretta non già del denaro, ma dell'immobile, perché, secondo la volontà del disponente, alla quale aderisce il donatario, di quest'ultimo bene viene arricchito il patrimonio del beneficiario, nel quale, invece, non è mai entrato il denaro utilizzato per l'acquisto».

23. Cass. Sez. Un., 5 agosto 1992, n. 9282, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 373, con nota di F. REGINE, *Intestazione di beni immobili a nome altrui e donazione indiretta*; in *Resp. civ. e prev.*, 1993, p. 283, con nota di G.F. BASINI, *L'oggetto della liberalità ai fini della collazione, dell'imputazione ex se e della riunione fittizia, in ipotesi di «intestazione di beni a nome altrui»*; in *Foro it.*, 1993, I, p. 1544, con nota di richiami di N. Fabiano e con nota di commento di C. DE LORENZO, *Intestazione del bene in nome altrui e collazione: il nuovo corso della Cassazione si consolida*. La S.C. afferma chiaramente che «Nella ipotesi di acquisto di un immobile con denaro proprio del disponente e di intestazione dello stesso bene ad un altro soggetto, che il disponente ha inteso in tal modo beneficiare, costituendo la vendita mero strumento formale di trasferimento della proprietà del bene per l'attuazione di un complesso procedimento di arricchimento del destinatario del detto trasferimento, si ha donazione indiretta non già del denaro ma dell'immobile, poiché, secondo la volontà del disponente, alla quale aderisce il donatario, di quest'ultimo bene viene arricchito, il patrimonio del beneficiario. Conseguentemente il conferimento, ai sensi dell'art. 737 c.c., avrà ad oggetto l'immobile e non il denaro impiegato per l'acquisto». Successivamente, conformemente a quanto affermato dalle Sez. Un., Cass., 23 dicembre 1992, n. 13630, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2464; Cass., 8 febbraio 1994, n. 1257, in *Foro it.*, 1995, I, p. 614, con nota di C. DE LORENZO, *Intestazione del bene in nome altrui: appunti in margine a una giurisprudenza recente*, ove in motivazione «nell'ipotesi di acquisto di un immobile con denaro proprio del disponente e di intestazione dello stesso bene ad un altro soggetto, che il disponente stesso ha inteso in tal modo beneficiare, costituendo la vendita mero strumento formale di trasferimento della proprietà del bene per l'attuazione di un complesso procedimento di arricchimento del destinatario del detto trasferimento, si ha donazione indiretta non già del denaro ma dell'immobile, poiché, secondo la volontà del disponente, alla quale aderisce il donatario, di quest'ultimo bene viene arricchito il patrimonio del beneficiario; conseguentemente il conferimento, ai sensi dell'art. 737 c.c., avrà ad oggetto l'immobile e non il danaro impiegato per l'acquisto; sicché, in tema di azione di riduzione e nel caso in cui l'ascendente abbia provveduto con proprio denaro al pagamento del prezzo di un immobile che risulti acquistato dal discendente, si deve aver riguardo al valore dell'immobile al tempo della apertura della successione»; Cass., 22 giugno 1994, n. 5989, in *Giur. it.*, 1995, I, 1,

Il problema, se si ritiene che la S.C. abbia operato una generale definizione dell'oggetto delle liberalità non donative, diviene allora valutare l'esportabilità della conclusione dettata in tema di collazione anche all'azione di riduzione e, conseguentemente, stabilire se ciò comporti l'assoggettamento del terzo acquirente dal beneficiario di una liberalità non donativa alla restituzione proprio come il terzo acquirente dal donatario.

Il dibattito sul punto è troppo noto per dovere essere in questa sede più che richiamato. La riduzione delle donazioni indirette, si è osservato, non può essere utilmente costruita in termini di inopponibilità (del titolo) dell'attribuzione perché mentre «da donazione contrattuale pone in essere un diretto rapporto negoziale tra donante e donatario, perciò ben si può dire che la sentenza di riduzione elimina, con efficacia retroattiva reale, il titolo di acquisto del donatario, onde costui è tenuto a restituire al legittimario, che appare nella veste di successore universale del donante, il bene acquisito o la somma versatagli. Viceversa nelle liberalità indirette non sussiste alcun rapporto negoziale diretto tra l'autore della liberalità e il gratificato»²⁴. Nelle liberalità non donative - e per quel che in tale sede rileva, nella contrattazione a favore di terzo - la vicenda acquisitiva coinvolge soggetti estranei al rapporto tra disponente (stipulante) e beneficiario, nonché beni non appartenenti al primo, sicché risulta evidente l'irragionevolezza, sul piano teorico e pratico, di un effetto caducatorio volto a riattribuire, nel patrimonio del *de cuius*, un bene che di esso non ha mai fatto parte²⁵. Per superare l'ostacolo, si è allora proposto di ricollegare l'effetto restitutorio a favore del legittimario leso alla stessa sentenza di riduzione, che opererebbe «da retrocessione del bene medesimo dal donatario al legittimario leso»²⁶. In tal modo però, si è obiettato, si snaturerebbe il meccanismo operativo della riduzione in quanto il legittimario vittorioso in riduzione sarebbe in sostanza concepito come un avente causa dal donatario. La non provenienza del bene dal

p. 1558, con nota di S.T. MASUCCI, *Ancora sui vincoli di destinazione del denaro nell'intestazione di immobili in nome altrui*; Cass., 15 novembre 1997, n. 11327, cit.; Cass. 3 gennaio 2014, n. 56, in *Banca dati De Jure*, ove in massima «Nel caso di donazione indiretta forma oggetto di collazione il bene ultimo che in definitiva il disponente intendeva donare. Così è stato ritenuto che nell'ipotesi di acquisto di un immobile con denaro proprio del disponente e intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, si configura la donazione indiretta dell'immobile e non del denaro impiegato per l'acquisto; pertanto, in caso di collazione, secondo le previsioni dell'art. 737 c.c., il conferimento deve avere a oggetto l'immobile e non il denaro»; Cass. 31 gennaio 2014, n. 2149, in *Banca dati De Jure*; Cass., 20 maggio 2014, in *Foro it.*, 2014, p. 3526; Cass., 23 maggio 2014, n. 11491, in *Banca dati De Jure*, ove in massima «Le donazioni di denaro finalizzate all'acquisto di un bene (nella specie, azioni) costituiscono donazione indiretta di quel bene poiché, in presenza di collegamento tra la messa a disposizione del denaro e il fine specifico dell'acquisto del bene, la compravendita costituisce lo strumento del trasferimento del bene, oggetto dell'arricchimento del patrimonio del destinatario». *Contra* App. Cagliari, 23 aprile 1990, in *Riv. giur. sarda*, 1992, p. 15, per la quale «Nell'ipotesi in cui il genitore corrisponda il prezzo al venditore di un immobile che venga intestato al figlio, si realizza una donazione indiretta del denaro (speso per l'acquisto dell'immobile) e non dell'immobile».

24. U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 136 ss.

25. G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, cit., p. 819 ss.

26. U. CARNEVALI, *op. ult. cit.*, p. 141.

patrimonio del *de cuius* impedirebbe l'acquisto *iure hereditatis* da parte del legittimario vittorioso in riduzione, in forza della vocazione necessaria²⁷.

Altri riconduce l'azione di riduzione, anche quando rivolta contro donazioni indirette, nel solco tradizionale della impugnativa negoziale e, soprattutto, afferma che in caso di impugnazione di contratto a favore di terzo sono ammissibili gli effetti di cui all'art. 563 c.c. Oggetto dell'impugnativa non sarebbe infatti l'intero contratto, ma la sola clausola "deviativa" degli effetti a favore altrui «in ordine alla quale, essendo fondata su un rapporto (esterno al contratto) dello stipulante con il beneficiario da cui risulti la *causa donandi*, si determina la legittimazione passiva di quest'ultimo. In questo caso, nei confronti del legittimario, la sentenza ha un effetto analogo alla revoca della stipulazione: la prestazione si considera rimasta a beneficio dello stipulante»²⁸. Il rilievo non sembra in realtà risolutivo. La prestazione rimane infatti a beneficio dello stipulante solo ove non risulti diversamente dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto. Se era intenzione dello stipulante realizzare una liberalità appare in realtà assai difficile ipotizzare che lo stipulante stesso abbia interesse a che la prestazione rimanga a suo beneficio qualora la clausola "deviativa" venga rifiutata o comunque revocata e poco probabile che egli stesso non abbia in qualche modo reso tale "mancanza di interesse" se non esplicita almeno desumibile²⁹.

27. Osserva G. AMADIO, op. cit., che «in quest'idea, a ben vedere, si annida lo stesso difetto di prospettiva che s'è appena rilevato: se si concepisce la riattrazione del bene al patrimonio del *de cuius* (effetto normale della riduzione) come risultato *in sé* sufficiente ad assicurare l'acquisto del legittimario, nei casi in cui tale riattrazione non sia concepibile, diventa necessario costruire surrettiziamente un effetto *traslativo* discendente dalla riduzione stessa. Riaccreditando, così, il risultato recuperatorio che qui si critica, ma andando incontro, nel contempo, a una difficoltà teorica insuperabile: quella di concepire il legittimario vittorioso in riduzione come un avente causa dal donatario (conclusione alla quale coerentemente quella tesi è costretta ad approdare). È qui che l'equivoco si svela: l'ostacolo costruttivo è dato non tanto, o non solo, dalla non provenienza del bene, che il beneficiario acquista, dal patrimonio del *de cuius*, quanto dal fatto che tale circostanza preclude concettualmente e giuridicamente il suo acquisto *iure hereditatis* da parte del legittimario vittorioso in riduzione, in forza della vocazione necessaria. Se questa, come s'è detto, è il titolo che consente il recupero dei beni oggetto delle liberalità lesive, è ovvio che esso possa operare solo quando quei beni possano considerarsi, nei confronti del legittimario, come tuttora facenti parte del patrimonio ereditario».

28. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo e continuato da L. Mengoni, III ed., vol. XLIII, t. 2, Milano, 1992, p. 252 ss. Nello stesso senso S. DELLE MONACHE, *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, in *Famiglia*, 2006, I, p. 685, per il quale nel caso il *de cuius* abbia utilizzato lo schema del contratto a favore di terzi ad efficacia reale per realizzare la liberalità, l'azione di riduzione si configurerebbe quale impugnativa mirante a caducare la clausola "deviativa", «sicché la sentenza di riduzione equivarrà, nei suoi esiti pratici, a una revoca della stipulazione a favore altrui, con la conseguenza che il bene, da considerare entrato fin dall'origine nel patrimonio dello *stipulans*, dovrà intendersi pervenuto al legittimario in quanto suo erede».

29. Rileva G. AMADIO, op. cit., che l'ipotesi di caducazione della sola clausola "deviativa", con conseguente realizzarsi degli effetti tra le parti contraenti risulta difficilmente adattabile nel caso di liberalità: «Utilizzato come strumento realizzativo di una liberalità, lo schema trova infatti ragione giustificativa nell'interesse non patrimoniale dello stipulante volto all'arricchimento del terzo: il che appare assai poco compatibile con un (diverso) interesse dello stipulante stesso a conservare il diritto alla prestazione, nel caso in cui il beneficiario la rifiuti, o egli stesso decida di revocarla».

Altra dottrina sottolinea la diversità tra collazione e riduzione e riconduce la portata dell'affermazione giurisprudenziale nell'ambito della collazione (alla quale essa effettivamente si riferiva). In tale prospettiva, se si ritiene estensibile all'azione di riduzione il *dictum* dettato in tema di collazione e si considera quindi referente di essa il bene di cui s'è arricchito il beneficiario della liberalità non donativa, si dovrà prendere atto dell'inidoneità della riduzione ad assicurare il "recupero" di quello stesso bene al patrimonio ereditario (del quale mai ha fatto parte). Il legittimario non potrebbe pertanto vantare su tale bene alcuna pretesa, dovendosi "accontentare" del suo equivalente in denaro. Diversamente, «restituendo pieno rilievo alla finalità recuperatoria» della riduzione, è inevitabile "riconoscere che oggetto della pretesa del legittimario leso (volta alla ricostituzione «relativa» del patrimonio ereditario) non può che essere ciò che di quel patrimonio faceva parte in origine. E che, di conseguenza, al beneficiario della liberalità non donativa altro non potrà chiedersi che l'equivalente dell'esborso effettuato dal *de cuius* per consentirgli l'acquisto». In ambedue le ipotesi l'efficacia recuperatoria del bene nei confronti del beneficiario stesso e del suo avente causa dovrebbe ritenersi esclusa³⁰.

La tesi, di recente confermata dalla S.C.³¹, consente di conciliare (con accettabile bilanciamento di interessi) le ragioni dei legittimari con quelle di tutela della circolazione dei beni e della sicurezza degli acquisti da parte dei terzi. L'innegabile affievolimento della tutela dei legittimari risulta infatti giustificato dalla circostanza che il terzo acquirente dal beneficiario di un liberalità indiretta non avrebbe modo, a differenza dell'avente causa del donatario, di conoscere la provenienza "liberale" del titolo di acquisto del suo dante causa e il conseguente rischio per la stabilità del suo acquisto³².

Nondimeno, l'A. «suggerisce la massima cautela nell'impiego dello strumento» [della contrattazione a favore di terzi].

30. G. AMADIO, op. loc. cit., U. LA PORTA, *Azione di riduzione di «donazioni indirette» lesive della legittima e azioni di restituzione contro il terzo acquirente dal «donatario»*. *Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, in *Riv. Notar.* 2009, p. 951 ss., limita l'effetto recuperatorio dell'azione di riduzione in caso di liberalità non donativa al beneficiario della liberalità stessa, escludendola per il terzo avente causa da questi «Nel caso di liberalità non donativa, dunque, la restituzione del bene indirettamente donato potrà essere ottenuta soltanto dal «donatario indiretto» quale effetto ulteriore della pronuncia di riduzione, analogamente alle possibili restituzioni dovute da chi soccombe in un giudizio di risoluzione contrattuale. Non potrà essere evocato in giudizio con la domanda di restituzione, poiché privo di legittimazione passiva, viceversa, il terzo acquirente dal «donatario indiretto», in quanto, rispetto al suo acquisto, l'atto concluso dal donatario con l'ereditando non rileva per i suoi effetti negoziali (che riguardano esclusivamente le parti, ai sensi dell'art. 1372 c.c.) bensì soltanto per la sua partecipazione alla sequenza di titoli che ha condotto il bene dal patrimonio *de cuius* al suo».

31. Cass., 12 maggio 2010, n. 11496, in *Giust. civ.* 2011, p. 1287, con nota di F. MATARESE, *Azione di riduzione di liberalità atipica*, in *Fam. e dir.*, 2011, 4, p. 348, con nota di A. MARI e G. RIDELLA, *Gli effetti delle azioni di riduzione e restituzione nei confronti delle liberalità non donative secondo la Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2011, I, 1, p. 10, con nota di C. CERVASI, *Sull'azione di restituzione contro i terzi acquirenti da beneficiari di liberalità non donative*. Secondo la S. C. «alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile (art. 560 cod. civ.); con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, come nella collazione (art. 724 cod. civ.). La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, né incide sul piano della circolazione dei beni».

32. Sul punto G. AMADIO, op. cit., osserva che «E a chi si chieda quali siano, sul piano assiologico, gli in-

3. Liberalità non donative e prestazioni di *facere*: limiti sistematici e spunti problematici.

La qualifica della contrattazione a favore del terzo in termini di liberalità, nonostante il rilievo sistematico e la finezza degli interpreti che si sono occupati della questione, rischia di rivelarsi nella pratica (quasi del tutto) priva di implicazioni. L'esclusione dall'ambito applicativo della stipulazione a favore di terzo del trasferimento dei diritti reali da una parte³³, e la limitazione dell'operatività della azione di riduzione al "recupero" (in natura o per equivalente) del bene uscito dal patrimonio del *de cuius* dall'altra, finiscono infatti con lo sminuire (di molto) la concreta incidenza di tale qualificazione.

Il rilievo attribuito solo agli atti di liberalità, donativi e non, riguardanti (in modo più o meno diretto) il trasferimento di beni - non solo rispetto all'azione di riduzione ma più in generale ai rimedi restitutori³⁴ - risulta in parte ascrivibile alla tradizione, in parte a ragioni di carattere sistematico e, soprattutto, pratico.

Se si guarda agli atti di liberalità (non donativa) in funzione del risultato che realizzano, vale a dire l'incremento oggettivo e "voluto" nella sfera del beneficiario al quale non corrisponde alcun corrispettivo in quella del disponente, in sostanza l'"effetto di arricchimento", la riflessione sul punto non può che muovere da un rapido accenno proprio al concetto di arricchimento. Il dibattito, relativo soprattutto alla nozione di arricchimento donativo, può considerarsi in larga misura riferibile anche alle liberalità non donative.

L'art. 1050 del codice del 1865, che riproduceva fedelmente sul punto la corrispondente norma del *Cod. Nap.*³⁵, non conteneva alcun riferimento esplicito al requisito dell'arricchimento, limitandosi a evocare lo "spoglio" sofferto dal donante a favore del donatario³⁶. L'arricchimento è invece espressamente richiamato dalla formulazione, più

dici idonei a giustificare, con riguardo alle liberalità non donative, l'affievolirsi della tutela del legittimario, e la corrispondente maggior protezione delle ragioni del terzo avente causa, è facile rispondere additando il diverso grado di affidamento generato da un titolo di provenienza che risulti formalmente donativo (al quale, cioè, sin dall'inizio il subacquirente è in grado di ricollegare il rischio della futura riduzione), rispetto a quello suscitato da un atto (normalmente) oneroso, la cui finalità liberale non risulta, di regola, percepibile dal terzo».

33. La possibilità di operare il trasferimento di un diritto reale tramite contratto a favore di terzo costituisce in realtà un problema tutt'altro che risolto. Sul punto v. da ultimo, L. Bozzi, *Del contratto a favore di terzi*, cit., p. 332 ss.

34. Può apparire paradossale che l'inadeguatezza dei meccanismi restitutori rispetto alla complessità delle esigenze che sarebbero chiamati soddisfare emerga con tale chiarezza dall'analisi degli strumenti di tutela dei legittimari, da molti giudicati anacronistici e quindi oggetto di istanze di trasformazione se non addirittura di abrogazione. Il paradosso si rivela tuttavia solo apparente se si considera che il sottosistema normativo delle successioni riflette con particolare evidenza e una certa dose di "fissità" (trattandosi di un sottosistema per sua natura più "statico", in quanto a differenza di quello dei contratti impermeabile al rinnovamento dell'autonomia privata) la concezione di "ricchezza", resta da vedere se attuale, del sistema normativo.

35. Art. 894: «*La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépossède actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte.*»

36. Art. 1050: «*La donazione è un atto di spontanea liberalità con il quale il donante si spoglia attualmente e irrevocabil-*

ampia e problematica, dell'art. 769 del codice vigente. In essa risulta eliminato il concetto di spoglio e prevista la possibilità che il contenuto del contratto di donazione possa consistere anche nell'assunzione di una obbligazione³⁷. Tuttavia, il significato e i limiti della c.d. donazione obbligatoria sono quanto mai controversi.

Secondo la dottrina prevalente l'obbligazione assunta dal donante potrebbe riguardare esclusivamente una prestazione di dare, intesa in senso più o meno ampio³⁸, e da taluno perfino limitata alle sole obbligazioni di dare volte al trasferimento di un diritto reale³⁹. Sarebbero pertanto escluse dal contenuto del contratto di donazione le obbligazioni di *facere*. Queste infatti non importerebbero alcun arricchimento per il donatario e alcun depauperamento per il donante, e quindi difetterebbero gli elementi essenziali per qualificare donazione il negozio *de quo*⁴⁰.

mente della cosa donata in favore del donatario che la accetta.

37. La *Relazione al codice*, al n. 372 è sul punto molto chiara: «A viva discussione ha dato luogo la definizione della donazione [...] il progetto preliminare... determinò con maggiore larghezza l'oggetto della donazione, [...], comprendendo nel concetto di donazione i vari tipi di essa [...], e cioè le donazioni reali, le obbligatorie e le liberatorie. Il progetto definitivo si limitò a comprendere esplicitamente, [...] soltanto i due tipi di donazione reale e obbligatoria [...] ho stimato conveniente far rientrare nel concetto di donazione, non soltanto le donazioni reali ed obbligatorie, ma anche le liberatorie, in conformità dell'opinione più larga formata nell'interpretazione dell'articolo 1050 del codice del 1865. Pertanto ho ritenuto di dover comprendere i tipi di donazione reale e liberatoria nella formula 'disposizione di un diritto [...]. Per far riferimento [...], alla donazione obbligatoria ho usato l'espressione 'assumere un'obbligazione».

38. G. BALBI, *La donazione*, cit., p. 37; A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 239; G. MIRABELLI, *Spunti in tema di donazione*, in *Vita not.*, 1971, p. 337 ss., e ivi spec. p. 340 ss. Più possibilista sembrerebbe invece V.R. CASULLI, *Donazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 966 ss. e spec. p. 976. U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 6, *Succezioni*, t. 2, II ed., Torino, 1997, p. 487, per il quale «l'esclusione delle obbligazioni di fare dall'ambito delle liberalità risponde anche a criteri di semplificazione pratica. Si evita anzitutto di dover cercare una problematica linea di demarcazione con i contratti gratuiti [...]. Si evitano poi le difficoltà di procedere ad una stima del valore del *facere* donato qualora ciò si rendesse necessario [...]». Nello stesso senso la prevalente giurisprudenza, cfr. Cass., 8 luglio 1983, n. 4618, in *Giur. it.* 1983, I, 1, p. 1792 e in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Donazione*, n. 4, ove in massima «Il contratto di donazione può essere, a norma dell'art. 769 c.c., non solo ad effetti traslativi ma anche ad effetti obbligatori, limitandosi a far sorgere un semplice rapporto d'obbligazione in cui il donante assume la posizione di debitore nei confronti del donatario, il quale viene arricchito dall'acquisto di un diritto di credito senza alcun sacrificio; l'accordo, invece, attraverso cui un soggetto assuma per spirito di liberalità il debito di altro soggetto verso un terzo, non integra una donazione tipica non verificandosi a vantaggio del debitore alcun arricchimento, che potrebbe conseguire solo alla liberazione propria dell'accollo privativo ex art. 1273, comma 2, c.c., ma realizza tuttavia una donazione indiretta che resta assoggettata, circa la forma, alla disciplina propria dell'atto attraverso il quale si realizza la liberalità, salva l'applicazione delle norme sulla revocazione delle donazioni e di quelle sulla riduzione per reintegrare la quota dovuta ai legittimari».

39. G. BALBI, op. cit., p. 38: «La donazione attribuisce al donatario un diritto patrimoniale riferentesi al godimento di una cosa, o immediatamente attraverso le vicende di un rapporto reale di godimento, o mediatamente attraverso l'assunzione da parte del donante di una obbligazione il cui adempimento dia luogo all'attribuzione a favore del donatario di un diritto reale riferentesi al godimento di una cosa». Cfr. anche ID., *Saggio sulla donazione*, in *Memorie dell'istituto giuridico di Torino*, Torino, 1942, p. 115 ss. e ID., *Liberalità e donazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 157 ss. e spec. p. 168 ss.

40. C. SCUTO, *Le donazioni*, Catania, 1928, pp. 110 e 250; F. MAROI, *Delle donazioni*, cit., p. 722; A. TORRENTE,

L'impostazione, per quanto largamente condivisa, appare per molti profili criticabile. Anche nelle prestazioni di *facere* effettuate senza alcun corrispettivo può infatti realizzarsi un arricchimento per chi le riceve⁴¹ e un depauperamento per chi le compie, senza dire che il dettato legislativo menziona espressamente l'arricchimento e non già il depauperamento⁴². Assumere un'obbligazione di *facere* senza corrispettivo determina infatti *ex se* un impoverimento, una perdita patrimoniale che consiste nel mancato compenso⁴³. "Mancato compenso", e non già rinuncia adesso: la prestazione è già *ab origine* gratuita e non si verifica alcun mutamento del titolo.

A questo punto, se si è in presenza di un arricchimento, e di un correlativo, per quanto non richiamato, impoverimento (che, come visto, non si può aprioristicamente escludere derivi da una prestazione di fare), e c'è l'*animus donandi*, «non si vede come si possa escludere la donazione»⁴⁴. L'esclusione assoluta degli obblighi di *facere* dal possibile contenuto del contratto di donazione «non trova alcun aggancio testuale nell'art. 769 (e), sembra piuttosto il portato di impostazioni tralattizie»⁴⁵. Nella società contemporanea infatti le prestazioni di *facere* hanno acquisito una rilevanza anche superiore rispetto a quelle di dare, rendendo anacronistico o quanto meno problematico ridurre le "liberalità" (donative e non) entro schemi "dominicali".

op. cit., p. 239. Negli stessi termini, di recente, L. GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002, p. 344 ss.

41. Così B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, XII, t. 4, Torino, 1961, p. 391 ss. Possibilista anche A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, p. 212, il quale afferma: «pur riconoscendo che lo statuto della donazione è dettato manifestamente sul presupposto che avvenga il trasferimento di un diritto reale, o la disposizione di un diritto di credito, non si vede in base a quali considerazioni si potrebbe negare efficacia giuridica obbligatoria ad una promessa di prestazione di *facere*, effettuata al di fuori di un contratto gratuito, tipico o atipico, qualora formasse oggetto di un accordo che risponda ai requisiti di forma e di sostanza previsti dall'art. 769 c.c., tenuto conto dell'ampia formula usata in tale norma» V. anche F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà*, Padova, 1994, p. 196 ss.

42. B. BIONDI, op. cit., p. 390.

43. B. BIONDI, op. cit., p. 390; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 167: «anche l'assunzione di un obbligo di fare importa arricchimento del patrimonio della controparte, dato che quest'ultima acquista un diritto di credito. Onde ricorrono i presupposti essenziali per la configurazione di una donazione». R. LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Riv. Notar.*, 1990, p. 927 ss., e spec. p. 952. F. ANGELONI, op. ult. cit., p. 196.

44. B. BIONDI, op. cit., p. 391. Per G. MIRABELLI, op. cit., p. 341 ss. «Se io ho assunto nei confronti di un altro l'obbligo di compiere una prestazione e la compio a titolo gratuito, non posso andargli a chiederne il corrispettivo; ma sembra ben difficile che egli abbia un mezzo per venirmi a costringere a compiere questa prestazione di fare o per agire in risarcimento, come sarebbe se la donazione fosse un contratto vincolante avente ad oggetto l'assunzione di una obbligazione anche con contenuto di fare». In realtà, in ipotesi del genere, fermi restando i limiti alla coercibilità in forma specifica di un'obbligazione di fare (e perciò sarebbe davvero difficile, in ogni caso, a prescindere dalla gratuità o meno del titolo, "costringere" il soggetto a compiere la prestazione), non si vede come si possa negare *tout court* il risarcimento, il problema sembra piuttosto consistere nella prova del danno.

45. A. CATAUDELLA, op. cit., p. 167. Ma in tal senso già G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, p. 86 «La cennata distinzione tra le obbligazioni di dare e le altre (quanto alla forma e alla *causa suffisante*) è fondata probabilmente su una tradizione, perpetuata più o meno ragionevolmente nel diritto moderno, secondo la quale lo spogliarsi di un bene, specie se immobile, è considerato atto molto grave e tale da richiedere la forma a protezione del donante, della sua famiglia e dei terzi, mentre le altre prestazioni sono considerate di minor momento e più vili».

Il tentativo di circoscrivere l'area della donazione obbligatoria, (finanche) espungendo dalla configurazione donativa molte ipotesi di obbligo gratuito di fare potrebbe apparire, in una prospettiva di "politica del diritto" piuttosto che di coerenza sistematica, per certi aspetti, ancorché forzato, comunque giustificato dall'esigenza di evitare l'estensione a tali fattispecie della disciplina prevista per la donazione, con il suo bagaglio di vincoli e cautele (basti pensare alla necessità della forma di cui all'art. 782 c.c.). Il tentativo risulta invece assai meno comprensibile e giustificabile rispetto alle liberalità non donative obbligatorie, per le quali non sussistono prescrizioni formali⁴⁶ e non vi sono ragioni di carattere sistematico per escludere l'applicabilità delle norme espressamente previste in caso di liberalità non donativa di tipo traslativo/reale, perlomeno laddove la prestazione non sia diretta al soddisfacimento di un interesse collettivo.

46. Sulla esclusione di oneri formali per le "donazioni indirette" la giurisprudenza è costante. *Ex multis*, cfr. Cass., 28 novembre 1988, n. 6416, in *Rep. Foro it.*, 1988, *Donazione*, n. 6; Cass., 23 dicembre 1992, n. 13630, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2464; Trib. Catania, 25 marzo 1993, in *Foro it.*, 1995, I, 696; Cass., 10 febbraio 1997, n. 1214, in *Riv. notar.*, 1997, 422, dove in motivazione: «Poiché il negozio indiretto costituisce una delle espressioni dell'autonomia privata, la forma negoziale, in linea di principio, non può che essere quella del negozio adottato e non quella del negozio che in modo tipico è previsto dall'ordinamento per la realizzazione della causa al cui perseguimento è stata piegata la funzione del negozio posto concretamente in essere. Il principio vale anche per le donazioni indirette, tanto più che esso, lungi dal trovare ostacolo nel dato normativo, ne riceve invece conferma, come si può desumere dall'art. 809 c.c., che, stabilendo quali siano le norme sulle donazioni che si applicano agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quello tipico di cui all'art. 769 c.c., non richiama tra di esse quella che prescrive la specifica forma dell'atto pubblico (art. 782 c.c.) richiesta per la donazione. E d'altro canto non si è mancato di osservare che, facendo la norma sulla forma della donazione parte di quelle disposizioni volte a realizzare (per evitare che lo spirito di liberalità possa trasformarsi in un pregiudizio del donante) la tutela del medesimo (di regola con strumenti che operano in modo preventivo) essa, a differenza delle norme che assicurano la tutela dei terzi, non può essere estesa a quei negozi che perseguono l'intento di liberalità con schemi negoziali previsti per il raggiungimento di finalità di altro genere: troppo radicale sarebbe infatti in tal caso il sacrificio dell'autonomia privata alla quale si deve ricondurre il potere delle parti di avvalersi delle figure negoziali per perseguire finalità lecite e, come tali, atte a trovare nell'ordinamento il loro riconoscimento»; Cass., 10 aprile 1999, n. 3499, in *Giur. it.*, 1999, I, 1, 2017; Cass., 29 marzo 2001, n. 4623 in *Foro it. CD*; Cass., 16 marzo 2004, n. 5333, in *Foro it. CD*, ove in massima: «Per la validità delle donazioni indirette non è richiesta la forma dell'atto pubblico, essendo sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità, dato che l'art. 809 c.c., nello stabilire le norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., non richiama l'art. 782 c.c., che prescrive l'atto pubblico per la donazione»; Cass., 7 giugno 2006, n. 13337, in *Foro it. CD*; Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955, in *Contratti*, 2007, 753, con nota di F. CERIO, *Congruià dello scambio e negotium mixtum cum donatione*; Cass., 3 novembre 2009, n. 23297, in *Banca dati De Jure*; Cass., 14 gennaio 2010, n. 468, in *Banca dati De Jure*; Cass. 17 novembre 2010, n. 23215, in *Riv. notariato* 2012, p. 435, con nota di F. MARTINO, *In tema di forma del negotium mixtum cum donatione*; Cass., 25 marzo 2013, n. 7480, in *Banca dati De Jure*. Sul punto v. le osservazioni di L. GATT, *La liberalità*, cit., p. 174, per la quale «La valutazione di irrilevanza dell'interesse liberale in fattispecie contrattuali non donative chiarisce *ab origine*, il perché della mancata previsione dell'onere della forma pubblica per la validità delle liberalità risultanti da contratti diversi dalla donazione, essendo tale genere di forma ontologicamente connesso alla espressione ed alla realizzazione (sul piano giuridico) dell'interesse (ossia della causa) liberale» (c.v.o nel testo).

La consapevolezza della arbitrarietà e della scarsa attualità dell'esclusione dall'area delle liberalità delle prestazioni di fare deve tuttavia confrontarsi con un dato normativo sicuramente costruito sul tradizionale schema traslativo-reale, non facilmente esportabile né adattabile alle fattispecie nelle quali l'arricchimento si realizza attraverso una prestazione di *facere*.

L'attribuzione liberale realizzata attraverso un *facere* può senza dubbio presentarsi economicamente molto significativa, in grado di "arricchire" il beneficiario e "depauperare" il disponente: si pensi a un contratto a favore di terzo, utilizzato con finalità liberali, che preveda la completa ristrutturazione di un immobile di considerevole cubatura e notevole valore commerciale. Il problema è allora se l'interprete debba rassegnarsi a considerare tali attribuzioni sottratte alla disciplina prevista per gli atti di liberalità diversi dalla donazione e quindi in una certa misura "intangibili" (anche qualora in conseguenza di esse, per esempio, le ragioni dei legittimari del disponente, nel caso di specie dello stipulante, risultino integralmente sacrificate) o se sia possibile individuare nel sistema rimedi a questa "ingiustificata disparità di trattamento" rispetto agli atti di liberalità diversi dalla donazione di tipo traslativo/reale⁴⁷.

Per evitare le difficoltà dei rimedi propri delle ragioni dei legittimari, costruiti sulla base di una "attribuzione reale", si potrebbe cercare una soluzione nel diverso terreno dell'ingiustificato arricchimento, pur nella consapevolezza della non coincidenza tra i due tipi di tutela: l'una rivolta al legittimario leso, l'altra all'impoverito⁴⁸.

Assumendo, con qualche approssimazione, che *ratio* dell'azione di ingiustificato arricchimento sia intervenire in difetto di una adeguata giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali, sembra infatti possibile domandarsi se una attribuzione patrimoniale effettuata a titolo di liberalità in misura tale da (e allo scopo di) vanificare le disposizioni (non dispositive) previste in tema di legittima sia sorretta da una causa adeguata e meritevole ai sensi dell'art. 1322 c.c. Il particolare "schema" del contratto a favore di terzi richiede tuttavia una ulteriore specificazione e comporta ulteriori difficoltà. La causa della stipulazione a favore di terzo sarebbe infatti nei rapporti tra stipulante e promittente valida e meritevole e il terzo riceverebbe la prestazione in virtù di questa. Potrebbe essere posta in discussione, pertanto, solo la ragione giustificativa della clausola deviativa degli effetti, ossia l'interesse dello stipulante, che verrebbe in sostanza a coincidere con la sua volontà di eludere attraverso tale atto le norme in tema di legittima. L'elusione dovrebbe

47. A. CHECCHINI, *Liberalità*, cit., § 6.3, p. 4, dopo avere (implicitamente) escluso l'applicabilità ai negozi gratuiti di rimedi quali la riduzione, la revoca, la collazione, diretti alla restituzione (in senso ampio) di ciò che è uscito dal patrimonio del donante, osserva che «Bisognerebbe tuttavia indagare ulteriormente [...] se talune norme ispirate alla tutela del donante, rispetto al pregiudizio che gli deriva dalla liberalità, non possano in realtà adattarsi anche a queste ipotesi e non possano operare ugualmente, non tanto in vista di una restituzione quanto per far dichiarare nulli tali negozi o per far cessare *ex nunc* gli effetti pregiudizievoli di siffatte «liberalità»».

48. L. MENGONI, op. cit., p. 256.

quindi costituire la ragione dell'atto, non la lesione della legittima il suo effetto riflesso. Venendo meno la clausola a favore di terzo, la prestazione da questi ricevuta dovrebbe considerarsi ingiustificata e legittimare pertanto la pretesa restitutoria dello stipulante rispetto a quanto prestato, nei limiti dell'arricchimento del terzo e dei suoi aventi causa. Pretesa restitutoria che, svolgendosi sul terreno dell'ingiustificato arricchimento e non dell'azione di riduzione, dovrebbe essere commisurata, per l'appunto, all'arricchimento del beneficiario e al correlativo impoverimento del disponente e non alla lesione della quota legittima.

Le difficoltà di ordine sistematico e pratico di un simile *iter* argomentativo lo rendono tuttavia non facilmente percorribile. Sul piano sistematico sembra infatti indubitabile che la previsione circa le conseguenze del venir meno della clausola deviativa degli effetti non è concepita in ottica restitutoria; non a caso il legislatore usa il termine "rimane" e non già "ritorna". D'altro canto, pur volendo considerare tale ostacolo superabile, e pertanto possibile una estensione della previsione normativa anche in prospettiva restitutoria, occorre comunque tenere presente che la prestazione "torna" a beneficio dello stipulante solo ove non risulti diversamente dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto. Sul piano pratico/operativo, è evidente che al di là dei casi c.d. "di scuola", risulta quanto mai problematico ipotizzare e soprattutto provare la coincidenza dell'interesse ad effettuare la prestazione nei confronti del terzo con la volontà elusiva.

In alternativa (ma forse non necessariamente in alternativa) si potrebbe valutare con (maggiore) pragmatismo l'adattabilità dell'art. 809 c.c. alle liberalità non donative non aventi carattere traslativo/reale.

L'ostacolo più arduo sul piano logico/sistematico è rappresentato dalla difficoltà di imporre al beneficiario un obbligo originariamente non previsto. Le prestazioni, una volta effettuate e quindi non più "rifiutabili", non possono infatti trasformarsi da gratuite in onerose⁴⁹. Resta però da chiedersi se, accertata la qualificazione liberale dell'attribuzione e verificato che al momento dell'apertura della successione questa incide sul patrimonio del *de cuius* oltre il limite della quota disponibile, sia possibile far valere la pretesa al recupero del valore, corrispondente alla lesione subita, mediante le modalità attuative tipiche del diritto di credito.

La soluzione (relativamente) agevole qualora l'attribuzione gratuita si traduca (come nell'esempio prospettato), nel compimento (inteso in senso lato) di un *opus*⁵⁰, si presenta invece

49. Cfr. sul punto U. CARNEVALI, *Liberalità (atti di)*, cit., p. 214 ss. il quale, a proposito dei rapporti tra la donazione e gli atti a titolo gratuito osserva (p. 217): «La fattispecie causativa della liberalità è vista non già nel negozio gratuito, ma in una tacita rinuncia al corrispettivo [...] si verificherebbe [...] una trasformazione del titolo da gratuito in oneroso, mediante la vera e propria imposizione di un corrispettivo originariamente estraneo ai patti contrattuali».

50. F. MAROI, *Delle donazioni*, cit., p. 722. In tempi più recenti, G. CONTE, *Il volontariato. Libertà dei privati e mediazione giuridica dello Stato*, ed. provv., Roma, 1996, osserva che la presenza dell'*opus* rende la prestazione di *facere*, in un certo senso, quasi una prestazione di dare «Non siamo di fronte a prestazioni di puro fare, nelle

problematica qualora l'attribuzione gratuita consista in un semplice *facere*, sia pure economicamente molto significativo (si pensi per esempio al contratto a favore di terzo, a fini liberali, avente ad oggetto l'appalto per la pulizia di un immobile di dimensioni imponenti per un periodo di tempo considerevole). In questo caso, infatti, il mutamento di titolo della prestazione a beneficio del terzo, da gratuito ad oneroso, si manifesta con maggiore evidenza (pur se a ben vedere le situazioni sono dal punto di vista logico/giuridico equivalenti). Anche in questa ipotesi tuttavia è possibile domandarsi se, quanto meno qualora il terzo beneficiario sia un soggetto capace e consapevole del carattere liberale del beneficio ricevuto, non si possa ipotizzare a suo carico non l'imposizione di un "corrispettivo" originariamente non previsto, ma semplicemente l'applicabilità delle norme previste in tema di liberalità indirette, che possono tradursi nella pretesa al recupero del valore della lesione subita.

4. Contratto "muto" ed *expressio causae* successiva.

Nel quadro appena delineato, appare evidente che le incertezze che circondano sul piano sistematico le liberalità indirette risultano aggravate sul piano applicativo dalla obiettiva difficoltà di stabilire con sicurezza quando l'operazione negoziale possa qualificarsi come liberalità indiretta. L'effetto di arricchimento si realizza infatti in tali ipotesi attraverso schemi negoziali che non si possono certo presumere "liberali".

Muovendo da tali premesse, parte della dottrina, ma soprattutto gli operatori pratici, si sono interrogati sulla ammissibilità sul piano teorico e sulla modalità attuativa di una successiva dichiarazione che contenga l'esplicitazione dello spirito di liberalità e dissolva ogni dubbio in ordine alla (futura) disciplina dell'operazione⁵¹.

L'utilità di tale esplicitazione risulta evidente. Nell'ipotesi del contratto a favore di terzo, per esempio, allorché il relativo atto si presenti "muto" rispetto alla ragione giustificativa della clausola "deviatrice" degli effetti, posto che tale schema negoziale non necessariamente implica una liberalità, il terzo beneficiario potrebbe essere sottratto alla relativa disciplina, in tema per esempio di collazione o di riduzione. È evidente che la successiva dichiarazione "esplicativa" non rappresenta l'unica possibilità di rendere palese e quindi rilevante il carattere liberale dell'attribuzione, potendo questo indubbiamente essere ricostruito in via ermeneutica. Lo stipulante potrebbe però comunque avere un comprensibile interesse a "disvelare" egli stesso la liberalità, specie ove la stessa non emerga facilmente dall'atto, evitando così l'alea e le difficoltà probatorie di un procedimento interpretativo il cui esito in alcune ipotesi potrebbe non apparire scontato.

ipotesi richiamate è in gioco uno specifico *opus* e il sistema delle liberalità donative (e non) può quindi reggere senza insuperabili inconvenienti» (p. 166, nt. 168); Id., *Gratuità, liberalità. Donazione*, in *La donazione*, Trattato diretto da G. Bonilini, Torino, 2001, p. 25.

51. M. KROGH, *Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle donazioni e degli atti ricognitivi di liberalità*, Studi civilistici. Studio n. 107-2009/C.

L'ammissibilità di tale esplicitazione è motivata con la considerazione che "ciò che era possibile al momento dell'atto non può che essere legittimo anche successivamente"⁵². La giustificazione non sembra tuttavia né persuasiva né sufficiente. In realtà, se è vero che lo stipulante avrebbe la possibilità di manifestare il proprio *animus liberalis* nel momento costitutivo dell'atto che dà luogo alla liberalità non donativa, è anche vero che ove il terzo beneficiario ritenesse tale qualificazione non corrispondente al vero (e/o effettivamente non lo fosse) potrebbe sempre esercitare il proprio potere di rifiuto. Venuta meno tale possibilità, la successiva dichiarazione si aggrava di difficoltà di carattere sistematico che prima non sussistevano. La sfera giuridica del terzo risulterebbe infatti pregiudicata, senza alcuna possibilità per il terzo stesso di evitarlo. Il pregiudizio, evidente qualora si attribuisse alla dichiarazione dello stipulante efficacia di "piena prova", sussisterebbe anche ove si ammettesse la possibilità di fornire prova contraria e consisterebbe nello stesso onere probatorio a carico del terzo.

L'incidenza successiva degli atti di autonomia privata su una precedente operazione negoziale (o comunque su una situazione giuridicamente rilevante) rappresenta in realtà un nodo problematico ancora irrisolto, dalle molteplici sfaccettature e implicazioni. Per tentare di offrire una soluzione coerente sul piano sistematico, piuttosto che ragionare in astratto sembra preferibile muovere dalla individuazione dello strumento giuridico con il quale effettuare tale esplicitazione e interrogarsi poi sugli effetti di questa.

Tale individuazione non si presenta agevole. La funzione di "esplicitazione" che tale dichiarazione è chiamata a realizzare colloca infatti la dichiarazione stessa in una "zona grigia" (e assai impervia) tra gli atti ricognitivi, gli atti di accertamento e la confessione. Elementi distintivi, connessioni e sovrapposizioni tra questi costituiscono oggetto di un dibattito non ancora sopito. Senza addentrarsi in esso, occorre in primo luogo valutare se atti ricognitivi, atti di accertamento e confessione siano rispetto alla funzione di "esplicitazione" successiva della natura liberale dell'atto tra loro fungibili, sicché la scelta tra l'uno o l'altro resti affidata alla libera determinazione della parte o delle parti, o se la funzione di "esplicitazione" possa essere svolta da uno solo, o da alcuni di essi e con quali effetti. Conseguentemente, chiedersi se tale "esplicitazione" debba, o possa, essere bilaterale o unilaterale, e in tal caso chi debba effettuarla.

5. La dichiarazione dell'autore della liberalità e la dichiarazione del beneficiario della liberalità. Inidoneità degli artt. 1988, 2720 e 2730 ad esplicitare la natura liberale di un precedente atto.

Nella disamina degli atti (almeno) astrattamente utilizzabili per esplicitare la natura liberale di una precedente operazione negoziale a venire in rilievo è in primo luogo l'atto ricognitivo.

52. G. A. M. TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato, Il Sole24Ore, 2008, p. 164.

Per valutare l'idoneità al fine "esplicativo" prima precisato di tale atto occorre muovere dalla consapevolezza che la categoria degli atti ricognitivi non si presenta in termini unitari.

In funzione di esplicitazione della natura liberale di una precedente operazione negoziale, l'atto ricognitivo dovrebbe atteggiarsi come una dichiarazione con la quale l'autore della liberalità - nell'ipotesi di contratto a favore di terzo, lo stipulante - riconosca a tale stipulazione carattere di liberalità. Non si tratterebbe quindi della mera «rappresentazione narrativa ...[di] un fatto del passato»⁵³, né della semplice affermazione della esistenza di un rapporto giuridicamente rilevante, ma della vera e propria qualificazione di esso.

Rispetto a tale atto occorre chiedersi in primo luogo se sia possibile la sua riconduzione in una delle fattispecie nominate di atti ricognitivi e, in caso contrario, se eventualmente vi sia spazio, e con quali effetti, per una sua declinazione in forma atipica.

La qualificazione restrospectiva dello stipulante non potrebbe considerarsi "riconoscimento" ai sensi dell'art. 2720 c.c.⁵⁴. L'atto ricognitivo previsto da tale norma attesta infatti l'esistenza di un documento e del suo contenuto. Ad esso il legislatore assegna - oltre agli effetti sostanziali, quali l'interruzione della prescrizione e l'impedimento della decadenza, ricollegati in via generale dagli artt. 2944 e 2966 c.c. al riconoscimento del diritto proveniente da colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere - una efficacia probatoria particolarmente intensa: "piena prova" che può essere vinta solo se si dimostra, producendo il documento originale, che vi è stato errore. La dichiarazione successiva dello stipulante il contratto a favore di terzo, tuttavia, non attesta l'esistenza di un documento né il suo contenuto, ma è diretta ad esplicitare il carattere di liberalità della stipulazione.

La dichiarazione dello stipulante non potrebbe considerarsi neanche "riconoscimento" ai sensi dell'art. 1988 c.c. Effetto della ricognizione di debito di cui all'art. 1988 c.c. è infatti la dispensa dall'onere di provare il rapporto fondamentale in favore del soggetto cui la dichiarazione ricognitiva è rivolta. L'efficacia probatoria è però meno intensa di quella prevista dall'art. 2720 c.c.; è infatti possibile addurre la prova contraria. La dichiarazione dello stipulante (e in generale dell'"autore" della liberalità) non è tuttavia volta a dispensare il terzo beneficiario dall'onere di provare il rapporto fondamentale, ma piuttosto a disvelare il carattere liberale dell'attribuzione al terzo, al fine di "fissare" il rapporto nei termini in cui è stato "riconosciuto".

53. M. ORLANDI, *Note sugli atti di ricognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 433 ss.

54. Parte della dottrina ritiene che la fattispecie di cui all'art. 2720 abbia in realtà natura confessoria, caratterizzandosi per il suo oggetto, che non potrebbe essere qualsiasi fatto giuridicamente rilevante ma solo quel particolare fatto rappresentato dall'esistenza di un precedente documento (C. GRANELLI, *Confessione e ricognizione nel diritto civile*, in *Nuovo Dig. disc. priv.*, Sez. civ., III, Torino, 1988, p. 439. In giurisprudenza v. Cass., 18 febbraio 2005, n. 3383, in *Foro it. CD*). Ai fini della presente indagine, l'attribuzione di natura confessoria al "riconoscimento" di cui all'art. 2720 non muta i termini della questione. Sulla riconducibilità della dichiarazione "disvelatrice" del carattere liberale del contratto a favore di terzo alla confessione v. *infra*.

Si potrebbe ipotizzare un atto ricognitivo diverso e ulteriore rispetto a quelli normativamente previsti, atipico. L'ammissibilità di tale atto dovrebbe essere tuttavia valutata con estrema attenzione e cautela. L'efficacia degli atti (classificati come) ricognitivi si svolge infatti essenzialmente sul terreno probatorio. Attribuire al "riconoscimento" atipico del carattere liberale della stipulazione a favore di terzo effettuata dallo stipulante tale efficacia risulta tuttavia problematico. Questa si giustifica infatti in ragione della circostanza che si tratta di dichiarazioni *contra se*⁵⁵: secondo la comune esperienza, l'affermazione contraria al proprio interesse, e dunque sfavorevole per chi la rende, presenta un alto grado di attendibilità e quindi si deve assumere vera. La dichiarazione dello stipulante diretta a disvelare il carattere liberale della stipulazione a favore di terzo non può però considerarsi una *declaratio contra se* ma *pro se*. gioverebbe infatti allo stipulante piuttosto che nuocergli. Essa non può pertanto sortire effetti, pregiudizievoli, nei confronti di altri soggetti - nel caso di specie il terzo beneficiario - costituendo una prova, sia pure non "piena" ma suscettibile di controprova, del carattere liberale dell'attribuzione, né può vincolare o anche solo limitare il potere deliberativo del giudice. Si tratterebbe in sostanza soltanto della attestazione di un diritto proprio, di per sé irrilevante per l'ordinamento (anche se, in talune circostanze, eventualmente apprezzabile in via ermeneutica)⁵⁶.

In prospettiva più generale, si può osservare che l'efficacia probatoria (attribuita agli atti ricognitivi) si attegga come meramente legale. Essa si determina cioè esclusivamente sulla base di una valutazione preventivamente compiuta dal legislatore. Riconoscere all'autonomia privata analogo potere risulta difficilmente compatibile con il dato normativo. L'autonomia privata può vincolare solo la parte o le parti "agenti", non il giudice. Ogni limite al libero convincimento del giudice deve essere espressamente previsto dalla legge, sia che si tratti di vincolare il giudizio di fatto alle risultanze di una determinata prova, come è nel caso delle c.d. prove legali, sia che si tratti di circoscrivere l'affidamento che può essere riposto su una determinata fonte di prova.

L'efficacia del riconoscimento atipico potrebbe quindi svolgersi solo sul terreno sostanziale, "fissando" il rapporto in determinati termini. Tralasciando per il momento il

55. Scrive C.A. GRAZIANI, *Ricognizione* (atti di), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1989, p. 520 «Che anche le dichiarazioni di cui all'art. 2720 debbano provenire da chi ne risente pregiudizio deriva appunto dalla efficacia probatoria da esse svolta [...]. Appare pertanto da non condividere l'autorevole opinione secondo cui la dichiarazione ricognitiva deve provenire, "per avere l'efficacia prevista dall'art. 2720, dall'autore del documento originale" [F. CARNELUTTI, *Documento ricognitivo e rinnovativo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, p. 234]: l'atto ricognitivo è *contra se* non perché il dichiarante afferma di essere stato l'autore del documento originale a lui sfavorevole, ma perché egli dichiara l'esistenza del documento originale a lui sfavorevole, a nulla rilevando l'individuazione del suo autore».

56. *Contra* G.A.M. TRIMARCHI, op. cit., p. 165, il quale, pur sottolineando che «le (poche) ipotesi di atti ricognitivi che l'ordinamento positivo ha disciplinato hanno caratteristica unilaterale e si concentrano in ipotesi in cui la dichiarazione promana da soggetto che ha interesse, in qualche modo, contrario al fatto riconosciuto», afferma tuttavia che «non può esservi dubbio che la ricognizione spetti innanzitutto all'autore dell'atto liberale che ha il potere di svelare il proprio *animus liberalis* fin dall'atto che dà luogo alla liberalità non donativa».

problema dell'ammissibilità e degli effetti di tale "riconoscimento", sembra comunque evidente che tale dichiarazione, dovendo in ogni caso atteggiarsi quale *declaratio contra se*, non può essere resa dall'autore della liberalità.

L'*animus liberalis* sotteso alla stipulazione in favore di terzo dovrebbe quindi essere dichiarato dal terzo beneficiario (o in generale dal beneficiario della liberalità). Rintracciare in capo a tale soggetto un interesse contrario a un simile "disvelamento" risulta agevole: egli correrebbe il rischio di trovarsi esposto a revoca per sopravvenienza dei figli dell'autore della liberalità ovvero di restare travolto dall'esercizio dell'azione di riduzione da parte dei legittimari di questi e/o di essere chiamato ex 737 c.c. alla collazione.

Ricondurre tale dichiarazione nell'ambito degli atti ricognitivi appare tuttavia problematico. Rispetto alla ricognizione di cui all'art. 1988 c.c. - ipotesi non unica né paradigma degli atti ricognitivi "nominati", ma tra questi unico modello astrattamente utilizzabile nel caso di specie - la diversità funzionale impedisce frettolose sovrapposizioni. Il terzo non si limiterebbe infatti a dichiarare l'esistenza di un rapporto, ma aggiungerebbe un *quid pluris* qualificatorio di tenore ricognitivo assai dubbio. Attraverso la dichiarazione del terzo beneficiario non si produrrebbe infatti, né si vorrebbe produrre, il "tipico" effetto di *relevatio ab onere probandi* proprio dell'art. 1988 c.c.: il terzo non dispenserebbe il destinatario / stipulante dall'onere di provare il rapporto fondamentale.

Quanto poi all'ipotesi di un riconoscimento atipico con efficacia sul piano probatorio, questa si esporrebbe ai medesimi rilievi critici già prospettati con riferimento alla dichiarazione resa dall'autore della liberalità.

Resta infine da valutare se la dichiarazione del terzo possa essere ricostruita in termini confessori.

La confessione, al pari del riconoscimento *declaratio contra se*⁵⁷, si distingue da questo per il suo oggetto, che consiste (esclusivamente) nell'asseverazione di un fatto e non già di un rapporto. I dubbi circa la riconducibilità tra le dichiarazioni confessorie di *contra se declarationes* aventi ad oggetto l'asseverazione di diritti o più in generale di situazioni giuridicamente rilevanti, che il tenore dell'art. 1356 del codice civile del 1865 - il quale si limitava a definire la confessione solo come una dichiarazione, senza alcuna specificazione del suo contenuto - poteva forse giustificare, sembrano ora superati dall'esplicita definizione della confessione quale "dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte". Il diverso oggetto rispetto al riconoscimento

57. Osserva C. A. GRAZIANI, op. cit., p. 529: «La vera categoria ordinante non è quella dell'atto ricognitivo, bensì quella della *contra se declaratio*: questa è comprensiva tanto della confessione quanto, almeno in linea di massima, di quelle dichiarazioni che abbiano ritenuto di unificare nella figura dell'atto ricognitivo e che sono caratterizzate solo per il fatto di non essere confessioni, cioè di non avere per oggetto un fatto». Nello stesso senso M. ORLANDI, op. ult. loc. cit.

spiegherebbe anche l'efficacia più intensa ad essa attribuita dal legislatore: le dichiarazioni concernenti fatti storici sono infatti ritenute più "affidabili" di quelle riguardanti fatti giuridici. A neutralizzare l'efficacia processuale del riconoscimento è pertanto sufficiente la prova della sua non rispondenza al vero (o della sussistenza di fatti estintivi che rendono la dichiarazione non più corrispondente al vero); per superare l'efficacia processuale della confessione è invece necessario provare la sua oggettiva falsità, determinata da errore di fatto o violenza

In questo quadro normativo, iscrivere la dichiarazione del terzo affermativa del carattere liberale dell'attribuzione a lui pervenuta in seguito alla stipulazione in suo favore tra le dichiarazioni confessorie, presenta profili di criticità non trascurabili.

In via preliminare, è possibile chiedersi se con l'esplicitare il carattere liberale dell'attribuzione ricevuta ai sensi dell'art. 1411 c.c. il terzo renda una «dichiarazione [...] della verità di fatti [a lui] sfavorevoli e favorevoli all'altra parte»⁵⁸. Lo sfavore (almeno potenziale) è fuori discussione, mentre che si tratti di una «dichiarazione [...] della verità di fatti» appare assai dubbio. La verità del fatto è che il terzo beneficiario ha ricevuto, in seguito a una stipulazione in suo favore, una attribuzione patrimoniale. Che tale attribuzione sia avvenuta causa *solvendi*, *obligandi* o *donandi* non costituisce la verità di un fatto ma rappresenta piuttosto la qualificazione dell'operazione negoziale dalla quale l'attribuzione deriva. Né l'ostacolo può essere persuasivamente superato osservando che la confessione può avere ad oggetto "quanto all'esistenza e al modo di essere in concreto, rapporti e situazioni, atti e negozi, considerati appunto *sub specie facti*"⁵⁹. A prescindere dalla compatibilità di tale tesi, non recente, (in sintonia con la definizione di confessione dell'abrogato codice piuttosto che) con l'attuale dato normativo, soprattutto nel caso di specie, oggetto della dichiarazione non è il negozio, il rapporto, la situazione giuridicamente rilevante (coincidente con la stipulazione a favore di terzo), ma piuttosto la sua qualificazione derivante dall'*animus liberalis* dello stipulante. E attribuire a tale dichiarazione l'efficacia probatoria, particolarmente intensa, riconosciuta alla confessione in quanto *declaratio contra se* riguardante fatti, suscita perplessità in quanto si finirebbe con il vincolare il giudice alla qualificazione giuridica del rapporto operata da una parte.

58. Cfr. Cass., 11 giugno 1983, n. 4012, in *Giust. civ. Mass.* 1983, dove in massima: «Sia per la confessione giudiziale, che per quella stragiudiziale nella nozione di «fatto» di cui all'art. 2730 c.c. rientra l'avvenuta conclusione di un atto negoziale, ma, in tal caso, la «dichiarazione di verità» è configurabile ai sensi e per gli effetti degli art. 2733 e 2735 c.c. solo se riguarda l'esistenza obbiettiva degli elementi costitutivi del negozio (la manifestazione di volontà, l'incontro delle dichiarazioni di volontà nei negozi bilaterali, la causa, l'oggetto), e non già il convincimento del confitente sull'esistenza di detti elementi, e tanto meno la qualificazione giuridica del negozio stesso».

59. C.A. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, rist. inalt., Milano, 1993, p. 272; ID., *Promessa di pagamento e riconoscimento di debito (a proposito dell'art. 1988 c.c.)* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 90 ss.; ID., *La confessione* (dir. proc. civ.), in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 887.

6. L'efficacia preclusiva del negozio di accertamento e la sua idoneità ai fini della esplicitazione della liberalità.

Esclusa la natura ricognitiva e confessoria della dichiarazione con la quale l'autore della liberalità o il terzo gratificato da essa successivamente ne affermi il carattere liberale, non resta che chiedersi se tale dichiarazione possa essere qualificata come negozio di accertamento.

La figura, non disciplinata dal codice e sicuramente una delle più controverse nella letteratura giuridica, si presenta tuttora, nonostante la ricca elaborazione dottrinale, tormentata e di difficile ricostruzione, al punto da potersi affermare che nel negozio di accertamento, paradossalmente, tutto è incerto, in primo luogo la sua stessa ammissibilità. Ripercorrere in modo puntuale il dibattito intorno a tale ammissibilità esula dai limiti della presente indagine, essenzialmente volta a valutare possibilità (i.e. idoneità funzionale), natura ed effetti di un atto con finalità di accertamento della liberalità. L'ammissibilità del negozio di accertamento verrà quindi assunta come presupposto della riflessione e non già come oggetto di essa.

Postulato per la configurabilità del negozio di accertamento, comune alle diverse teorie e ricostruzioni di esso⁶⁰, è la *res dubia*, l'incertezza da rimuovere. La dichiarazione successiva volta ad esplicitare il carattere liberale dell'attribuzione pervenuta al terzo in seguito ad una stipulazione in suo favore è diretta ad eliminare una situazione di incertezza. Non si tratta ovviamente di un'incertezza soggettiva. L'autore della liberalità al momento in cui compie l'atto di liberalità non donativa non ha dubbi in ordine agli effetti del proprio agire (vuole arricchire il beneficiario) e l'inconsapevolezza del beneficiario rispetto a

60. Anche tra coloro che considerano ammissibile nel nostro ordinamento il negozio di accertamento non c'è uniformità di vedute. Una distinzione può farsi tra teorie costitutive e teorie dichiarative. Per le teorie dichiarative funzione del negozio di accertamento è suo scopo pratico non sarebbe la sostituzione di una situazione giuridica certa a una incerta, ma la fissazione della situazione giuridica preesistente nel senso dalle parti voluto. Il negozio di accertamento non produrrebbe cioè alcuna modificazione nel rapporto giuridico preesistente, né creerebbe un nuovo vincolo, ma si limiterebbe ad attribuire a quello già esistente tra le parti il carattere della certezza. (M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, p. 34 ss. In "prospettiva dichiarativa" anche A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925, spec. p. 71 ss. e F. CARNELUTTI, *Documento e negozio*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, p. 180 ss., per il quale il contenuto del negozio di accertamento consisterebbe non nel procurare alle parti una prova (mezzo), ma piuttosto il fine stesso, e cioè la certezza, ravvisandosi così un'identità funzionale tra riconoscimento e sentenza (p. 186); G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, p. 132 ss.). Secondo le teorie costitutive, invece, attraverso il negozio di accertamento le parti si vincolerebbero a una data intelligenza del rapporto obbligatorio preesistente. L'effetto modificativo sarebbe perciò una conseguenza della efficacia obbligatoria della dichiarazione di accertamento che, operando sul rapporto preesistente, ne escluderebbe ogni intelligenza, ogni interpretazione, diversa da quella che le parti hanno concordato. (R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, in *Annali ist. sc. giur. pol. e soc. Univ. di Messina*, 1927-1933, VII, p. 410 ss. Secondo R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, p. 94, «le parti, mostrando di accertare, vogliono in sostanza modificare i rapporti originari secondo un apprezzamento che esse sono riuscite a concordare»: in tal modo la portata necessariamente innovativa del negozio di accertamento nei confronti della situazione originaria appare fuori discussione). Per una ricostruzione più ampia delle varie tesi, L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000.

tale arricchimento appare molto difficilmente ipotizzabile. L'incertezza - costituita dalla possibile declinazione in senso liberale o no di un pregresso atto negoziale "muto" sul punto - sussiste invece sul piano oggettivo⁶¹.

Quanto agli effetti, attribuire al negozio di accertamento efficacia preclusiva - ritenere cioè che attraverso di esso le parti si precludano ogni interpretazione del rapporto diversa da quella sulla quale si sono accordate e che pertanto ogni eventuale contestazione sul contenuto della situazione giuridica accertata sia irrilevante⁶² - consente di coniugare la natura costitutiva del negozio con quella dichiarativa della funzione di accertamento, e soprattutto si rivela il modo più adeguato a spiegare il fenomeno variegato e complesso dell'accertamento. Solo l'efficacia preclusiva sembra infatti in grado di spiegare l'assoluta irrilevanza della conformità e della difformità rispetto alla situazione anteriore della validità dell'accertamento. Individuare gli effetti dell'accertamento nella fissazione del rapporto giuridico accertato, nella "messa fuori contestazione", vale a dire nell'effetto preclusivo di ogni diversa intelligenza del rapporto appare pertanto la soluzione più persuasiva e corrispondente al sistema positivo⁶³.

Per quanto riguarda l'idoneità funzionale della efficacia preclusiva rispetto alla finalità sottesa all'esplicitazione del carattere liberale dell'attribuzione pervenuta al terzo in seguito a una stipulazione in suo favore, in linea di principio questa può essere affermata senza particolari difficoltà. Se è vero infatti che si tratta di una efficacia probabilmente "minore" (ossia meno estesa e meno intensa, svolgendosi comunque sul terreno dell'obbligazione) di quella propria del riconoscimento e ancor più della confessione, è pur vero che essa costituisce comunque un vincolo per le parti coinvolte, che attribuisce alla situazione "accertata" una relativa stabilità, rendendo una eventuale successiva contestazione (di per sé) inidonea a paralizzare la realizzazione della situazione (così come) accertata.

61. Per una ricostruzione in senso oggettivo dell'incertezza rilevante ai fini dell'accertamento negoziale, M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, p. 4 ss.; A. FALZEA, *Accertamento* (teoria generale) in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 207 ss., osserva: «Quanto alla situazione iniziale di incertezza il diritto non ritiene sufficiente un mero stato soggettivo. Ciò che è capace di mettere in moto i meccanismi giuridici dell'accertamento non è un dubbio della mente, ma una circostanza esterna ed esteriormente apprezzabile che rende oscura e perplessa la situazione [...]. Per il fenomeno dell'accertamento, dunque, non è sufficiente una mera incertezza soggettiva, che può aprire l'adito unicamente ai mezzi di conoscenza e non già agli strumenti con i quali opera il fenomeno dell'accertamento».

62. Sull'effetto preclusivo del negozio di accertamento v. R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, in *Annali ist. sc. giur. pol. e soc. Univ. di Messina*, 1927-1933, VII, p. 410 ss. e, soprattutto, A. FALZEA, *Accertamento* (teoria generale) in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 205 ss.

63. Cfr. M. ORLANDI, op. cit., per il quale «L'inquieto dibattere intorno al negozio d'accertamento tradisce una sorta di superfetazione del contratto, quasi che ogni accordo debba assimilarsi al modello contrattuale dell'art. 1321 c.c. Accordandosi sul significato, le parti non costituiscono un rapporto e non si obbligano ad intendere: più banalmente esse prescelgono e perciò rendono univoco e «certo» il significato da associare ad una o più parole di testo. Il negozio di accertamento confluisce e si risolve in un accordo di significazione: accordo, e non contratto, siccome sprovvisto di efficacia costitutiva di un rapporto giuridico; di significazione, in quanto volto a stabilire il significato, ossia l'idea, da associare ad una o più parole».

7. L'accertamento del carattere liberale dell'attribuzione a favore del terzo: necessaria bilateralità o sufficiente unilateralità?

Verificata la possibilità di ricondurre la dichiarazione “esplicativa” del carattere liberale dell'attribuzione pervenuta al terzo in seguito ad una stipulazione in suo favore nell'ambito del negozio di accertamento occorre infine interrogarsi sulla struttura di tale negozio e, in particolare, sulla sua bilateralità e/o unilateralità.

Nella sua declinazione bilaterale il negozio di accertamento “esplicativo” del carattere liberale della stipulazione a favore di terzo dovrebbe consistere in un accordo tra stipulante, autore della liberalità, e terzo beneficiario, senza l'intervento del promittente, estraneo e, in ipotesi, persino ignaro dei rapporti tra stipulante e terzo.

La circostanza che il terzo non è *ab origine* né diviene successivamente (neanche in caso di sua accettazione) parte della stipulazione in suo favore non sembra rappresentare sul piano sistematico un ostacolo ad ammettere un successivo accordo tra lui e lo stipulante volto ad accertare il carattere liberale della attribuzione da lui ricevuta.

Parte della dottrina ritiene anzi necessario un vero e proprio accordo. La dichiarazione resa dal solo autore della liberalità ovvero dal solo beneficiario di questa non avrebbe infatti valore sostanziale ma mera rilevanza processuale, in quanto la relativa dichiarazione ricognitiva potrebbe impegnare il solo autore della dichiarazione stessa, ma non costituire piena prova dell'avvenuta liberalità, né produrre effetti preclusivi per la parte estranea alla dichiarazione⁶⁴. La tesi non sembra del tutto convincente. Per un verso, o si riconduce la dichiarazione dell'autore della liberalità ovvero del terzo beneficiario nell'ambito di atti ricognitivi tipizzati (con tutte le difficoltà prima prospettate), oppure risulta difficile attribuire a tali dichiarazioni rilievo processuale. Per altro verso, la necessità che si producano effetti preclusivi per la parte estranea alla dichiarazione sembra possa essere revocata in dubbio.

Certamente un accordo di accertamento si presenta, come detto, sul piano sistematico ammissibile. Tuttavia, è possibile chiedersi se un accordo non sia “esorbitante” rispetto all'obiettivo che si intende raggiungere.

All'accordo chiamato a realizzare un effetto preclusivo dovrebbero infatti partecipare i titolari delle sfere giuridiche coinvolte dall'obbligo preclusivo⁶⁵. Nel caso di specie occorre però domandarsi se l'effetto preclusivo coinvolga effettivamente stipulante e terzo ovvero solo quest'ultimo, e se quindi il negozio di accertamento possa assumere struttura unilaterale.

La categoria del negozio di accertamento unilaterale si presenta, se possibile, ancor più controversa che nella sua declinazione bilaterale.

64. Così, quasi testualmente M. KROGH, *Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle donazioni e degli atti ricognitivi di liberalità*, cit.

65. G. A. M. TRIMARCHI, op. cit., p. 167.

La dottrina meno recente- legata o quanto meno suggestionata dall'assunto, dato ma mai dimostrato, della necessaria tipicità degli atti unilaterali⁶⁶ - mostrava una certa riluttanza ad ammettere la figura e anche tra coloro che la consideravano ammissibile si tendeva comunque a limitarne portata ed effetti⁶⁷.

Si riteneva infatti che se il negozio di accertamento è volto all'accertamento del rapporto preesistente, con esclusione di ogni intelligenza di esso diversa da quella stabilita, per realizzare tale funzione è necessario un contratto: una parte non potrebbe imporre infatti all'altra una determinata intelligenza del rapporto. In questa prospettiva il negozio di accertamento unilaterale non avrebbe potuto essere considerato un negozio ma avrebbe dovuto o essere ricondotto tra le dichiarazioni aventi efficacia probatoria, sarebbe stato cioè una confessione, oppure sarebbe potuto consistere nella manifestazione di un giudizio, di un apprezzamento non vincolante⁶⁸.

Altri, pur ammettendo la figura e considerandola identica all'accertamento bilaterale per quanto riguarda l'intento della parte e quindi la funzione del negozio, condivideva la preoccupazione di non imporre all'altra parte una propria intelligenza del rapporto e

66. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 133 ss. e ivi spec. p. 153, afferma a riguardo: «È opinione largamente diffusa e per talune materie mai contraddetta che la tipicità sia imposta [...] negli atti unilaterali. Le ragioni storiche e pratiche da cui si fa discendere l'imposizione della tipicità sono dall'una all'altra materia diverse e perciò si giustifica, volta a volta, un riesame diretto a rimuovere o ad attenuare il divieto per l'una o l'altra categoria di atti. Così, una più attenta riflessione critica ha portato almeno a ridimensionare il criterio della rigida tipicità per gli atti unilaterali».

67. Parte della dottrina è contraria ad ammettere l'accertamento unilaterale, ritenendo che un atto unilaterale possa produrre effetti solo nella sfera giuridica del dichiarante, cfr. in tal senso F. CARRESI, *Concetto e natura giuridica della transazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1953, p. 398 ss.; G. BRANCA, nota a Cass., 7 luglio 1971, n. 2132, in *Foro it.*, 1972, I, p. 1756. La giurisprudenza prevalente si mostra invece favorevole all'ammissibilità di un negozio di accertamento unilaterale, cfr. in tal senso App. Firenze, 26 giugno 1961, in *Giur. toscana*, 1961, p. 475; Cass., 24 luglio 1964, n. 2027 in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 783 con nota di R. G. (ranata), secondo la quale «da situazione determinata dall'accertamento unilaterale è tale che il riconoscimento di una situazione giuridica precedentemente incerta può vincolare il dichiarante non appena la dichiarazione venga a conoscenza del soggetto eventualmente interessato ad avvalersene, ma non può ricevere, conferire certezza a un rapporto nel solo interesse del dichiarante medesimo e, tanto meno, esercitare influenza negativa nella sfera giuridica e a danno di un soggetto diverso contro la volontà di quest'ultimo». Nello stesso senso anche Cass., 11 maggio 1967, n. 969, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, p. 342; Cass., 3 luglio 1969, n. 2440, in *Foro it.*, 1970, I, p. 566, ove in motivazione si afferma: «Il negozio di accertamento ... può avere anche una struttura semplicemente unilaterale, attesa la possibilità per un soggetto di vincolarsi con una dichiarazione unilaterale a considerare per il futuro in un determinato modo una situazione incerta, ed è caratterizzato, quanto alla causa, dallo scopo di imprimere certezza giuridica ad un preesistente rapporto e di precisarne definitivamente il contenuto e l'essenza [...]»; Cass., 27 maggio 1971, n. 1572, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 984; Cass., 7 luglio 1971, n. 2132, cit.; App. Firenze, 17 settembre 1971, in *Giur. toscana* 1971, p. 847; Cass., 25 ottobre 1978, n. 4847, in *Vita notar.* 1978, p. 766; Cass., 29 ottobre 1979, n. 5663, in *Riv. Notar.* 1980, p. 566: «[...] non è necessario che l'accertamento sia compiuto da entrambe le parti del rapporto contrattuale precostituito, potendo anche essere opera della volontà unilaterale di una di esse, naturalmente sempre che la dichiarazione promani da chi aveva un interesse contrario»; Cass., 6 maggio 1980 n. 2976, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 1253; Trib. Roma, 19 giugno 1991, in *Giur. merito*, 1992, I, p. 1112; Cass., 20 maggio 2004, n. 9651, in *Foro it. CD*

68. R. NICOLÒ, op. cit., p. 384.

riteneva quindi che il negozio di accertamento unilaterale producesse effetti meno intensi di quello bilaterale. L'accertamento unilaterale infatti, al contrario di quello bilaterale, avrebbe potuto produrre i suoi effetti solo nella sfera dell'accertante, mentre come effetto riflesso sarebbe sorta per la parte interessata la "facoltà di avvalersi di tale accertamento"⁶⁹.

La dottrina più recente, pur non avendo forse del tutto superato l'assunto della necessaria tipicità degli atti unilaterali⁷⁰, ritiene invece pienamente ammissibile l'accertamento unilaterale – dichiarazione unilaterale recettizia con la quale una parte rende certa la situazione connessa con il rapporto precedente – al quale non sarebbe di ostacolo il principio dell'impossibilità di modificare unilateralmente un rapporto giuridico bilaterale. Esempi di tale figura sono rinvenuti nell'art. 179 ff), c.c. la cui funzione sarebbe quella di fissare, di rendere certa, la natura personale del bene acquistato, escludendolo dalla comunione; nella confessione stragiudiziale, che si configurerebbe come un negozio di accertamento perché i suoi effetti consisterebbero nella volontà di rendere certo un fatto in modo vincolante per il confidente. Altra ipotesi di negozio di accertamento unilaterale è rinvenuta nel riconoscimento del figlio naturale, cioè nello spontaneo accertamento del rapporto di filiazione ad opera del genitore, la cui natura di negozio di accertamento risulterebbe confermata dalla impugnabilità prevista in caso di difetto di veridicità⁷¹.

Nessuna delle soluzioni proposte appare però del tutto persuasiva: né la dichiarazione di cui all'art. 179 ff), c.c., né il riconoscimento del figlio naturale né la confessione stragiudiziale possono infatti considerarsi ipotesi di negozio di accertamento unilaterale.

La dichiarazione di cui all'art. 179 ff), c.c. non possiede gli elementi e i requisiti di solito ritenuti propri del negozio di accertamento. In primo luogo, non si tratta di una dichiarazione che vincoli a una determinata intelligenza del rapporto – secondo la nozione più seguita, e comunque in questa sede accolta, di negozio di accertamento – ma piuttosto di una dichiarazione che manifesta una situazione di fatto favorevole al dichiarante. D'altra parte, nella fattispecie considerata perché si producano gli effetti previsti, favorevoli per il dichiarante, è necessaria la convergenza del fatto reale con il dichiarato. In essa difetta inoltre la *res dubia*, presupposto "naturale" del negozio di accertamento e manca di conseguenza la volontà di eliminare l'incertezza che costituisce la funzione del negozio di accertamento. La dichiarazione di cui all'art. 179 ff) c.c. non sembra quindi avere l'efficacia preclusiva propria del negozio di accertamento, ma piuttosto un valore esclusivamente dichiarativo, che pone peraltro in dubbio la sua natura negoziale.

69. M. GIORGIANNI, op. cit., p. 119, corsivo dell'A.

70. Cfr. nt. 66.

71. In questi termini P. NICOLINI CANIATO, *Appunti sul negozio di accertamento unilaterale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 169 ss. e ivi spec. p. 172 ss.

Quanto al riconoscimento del figlio naturale si può rilevare che si tratta di una figura la cui natura giuridica è ancora dibattuta. Dottrina e giurisprudenza prevalenti ne negano tuttavia il carattere negoziale in quanto si sarebbe al di fuori dell'ambito dei diritti patrimoniali, e più in generale disponibili: la situazione giuridica su cui il riconoscimento incide, e cioè lo *status* di figlio, è infatti sottratta alla volontà dei privati ed è regolata interamente e inderogabilmente dalla legge⁷². Attraverso tale riconoscimento inoltre, più che a una manifestazione di volontà si tenderebbe all'acclaramento della realtà effettuale: l'art. 263 c.c., che prevede la possibilità di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, fa infatti dipendere il rapporto di filiazione non solo dalla volontà del dichiarante, come sarebbe in caso di negozio giuridico, ma dall'effettiva esistenza del rapporto di filiazione naturale⁷³. Infine, e soprattutto, la nuova disciplina pare smentire ogni possibile qualificazione dell'istituto in termini di negozio di accertamento. Il necessario assenso del figlio e il consenso dell'altro genitore, nonché la liberalizzazione della ricerca della paternità e della maternità sembrerebbero dati normativi svalutativi del profilo valutativo e discrezionale dell'atto, e confermativi di un suo contenuto ricognitivo⁷⁴.

Né appare condivisibile considerare la confessione - giudiziale o stragiudiziale, in quanto attribuire solo a quella stragiudiziale natura di negozio di accertamento sembra una opzione priva di sostegno sul piano normativo, dal momento che il legislatore equipara le due figure relativamente agli effetti - un'ipotesi di negozio di accertamento unilaterale⁷⁵. Accertamento unilaterale e confessione si presentano infatti profondamente diversi sotto vari profili. In primo luogo, per quanto riguarda i presupposti, nella confessione, al con-

72. Per questo rilievo v. M. GIORGIANNI, *Accertamento* (negozio di), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 227 ss., e ivi spec. p. 242.

73. Così A. CATRICALÀ, *Accertamento* (negozio di), in *Enc. giur.*, Roma, I, 1988, § 2.2, il quale nega che si possa attribuire natura di negozio di accertamento al riconoscimento del figlio naturale, infatti «a prescindere dalle obiezioni che possono muoversi alla configurazione negoziale dell'istituto, il riconoscimento tende all'acclaramento della realtà effettuale [...]» e inoltre varie circostanze «inducono a ritenere che l'istituto espliciti una funzione che esula dal ristretto campo di applicazione dell'accertamento sui fatti».

74. Già prima della riforma del 2012, M. PETRONE, *Riconoscimento del figlio naturale*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1989, p. 607 ss., e ivi spec. p. 629 ss. *Contra* P. NICOLINI CANIATO, op. cit., pp. 175-176, per la quale: «A favore della natura negoziale del riconoscimento sembrano emergere nuovi argomenti dalle modifiche apportate alla normativa della filiazione naturale dalla legge di riforma del diritto di famiglia. Appare giustificato ritenere che il riconoscimento sia un negozio giuridico unilaterale per il disposto dell'art. 250, al 5, c.c. In esso il legislatore richiede una speciale capacità giuridica del genitore ad effettuare il riconoscimento, essendo necessaria un'età minima [...], in armonia con quanto previsto dall'art. 84, al 2, c.c. [...]. Non è quindi sufficiente il fatto che la dichiarazione sia volontaria, libera e cosciente, ma è necessaria la specifica volontà di riconoscere il figlio proveniente dal genitore che abbia raggiunto i sedici anni, e, di conseguenza, abbia una certa maturità psichica».

75. M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 161 scriveva (sotto il vigore, però, del codice del 1865, che legittimava qualche confusione, ma sul punto v. *infra*): «La confessione stragiudiziale può così considerarsi come un'ipotesi di negozio di accertamento unilaterale e ciò la differenzerebbe dal riconoscimento».

trario che nell'accertamento, si prescinde dall'incertezza⁷⁶. Inoltre, da una lettura attenta dell'art. 2730 c.c., che ha eliminato ogni base esegetica per giustificare tale identificazione, emerge con chiarezza che la confessione riguarda solo i fatti e non già i rapporti, mentre invece per la dottrina e la giurisprudenza assolutamente dominanti oggetto del negozio di accertamento non sono i fatti ma solo i rapporti⁷⁷. Infine, non sembra si possa attribuire alla confessione natura negoziale. Soprattutto, considerare la confessione un'ipotesi di negozio di accertamento unilaterale non renderebbe quest'ultimo ammissibile ma piuttosto inutile, risolvendosi l'intera questione nella "doppia denominazione" della confessione⁷⁸.

In realtà, la soluzione della questione dell'ammissibilità di un negozio di accertamento unilaterale non può che essere ricercata verificando se la definizione di una situazione giuridica mediante l'introduzione di una regola sostanziale nuova - e cioè l'obbligo a una certa intelligenza del rapporto - postuli necessariamente l'accordo delle parti. Una simile necessità manca quando "i lineamenti del caso concreto siano tali che un determinato regolamento della situazione esaurisce totalmente l'interesse della parte che rimane estranea alla dichiarazione, senza lasciare spazio alla possibilità (...) di una diversa e contrastante manifestazione del medesimo interesse"⁷⁹. In questi casi un negozio di accertamento unilaterale appare ammissibile.

76. A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Roma, ed. provv. 1970, p. 27, il quale afferma: «di regola, anzi, chi confessa un fatto ne rende testimonianza proprio perché non nutre dubbi al riguardo!».

77. Cfr. sul punto A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*. (Artt. 1987-1988), in *Comm. cod. civ.*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1966, p. 518, secondo il quale «sembra invero preferibile [...] escludere dall'ambito dell'autonomia negoziale l'attività privata di asserzione di fatti, rispetto alla quale non sembra del resto possa riscontrarsi l'illustrato elemento distintivo del negozio di accertamento che consiste nell'intento regolamentare che abbraccia, con l'ipotesi della difformità, l'eventualità della modificazione del rapporto». In giurisprudenza v., anche se solo parzialmente nel senso sostenuto nel testo, Cass., 22 aprile 1975, n. 1568, in *Foro it.*, 1975, I, p. 2512, la quale, distinguendo proprio sotto tale profilo tra riconoscimento e confessione, afferma che «deve essere escluso che la ricognizione, la quale riguarda un rapporto giuridico e non dei fatti, abbia di per sé un carattere confessorio»; Cass., 24 marzo 1977, n. 1161, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1191, la quale afferma: «la confessione, pur dovendo cadere esclusivamente su fatti, può estendersi *sub specie facti*, anche ai negozi giuridici e, in genere, a situazioni giuridiche rilevanti; essa però non può mai comprendere l'ulteriore operazione della qualificazione giuridica del fatto, che è riservata al giudice». Diversamente Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, cit., nella quale si parla dell'efficacia del negozio di accertamento nel «rimuovere i fatti e i rapporti»; Cass., 16 giugno 1990, n. 6059, in *Foro it. Rep.* 1990, voce *Confessione civile*, n. 2; Cass., 30 luglio 2002, n. 11266, in *Foro it. CD*, ove in massima: «Tenuto conto che, ai sensi dell'art. 2730 c.c., la confessione ha ad oggetto fatti obiettivi e non opinioni o giudizi, non ha valore di confessione l'ammissione che un certo evento sia ascrivibile a propria colpa, trattandosi di un giudizio a formare il quale concorrono valutazioni di ordine giuridico; nella specie, la suprema corte ha formulato il principio sopra richiamato, escludendo valenza confessoria (stragiudiziale) alla missiva con la quale il comune aveva sollecitato il proprio assicuratore a una rapida definizione del sinistro occorso al conducente di autovettura investita da una frana che aveva invaso la strada comunale»; Cass., 3 agosto 2005, n. 16260, in *Foro it. CD*.

78. Sul punto v. E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, p. 280, per il quale l'esistenza stessa della confessione renderebbe il negozio di accertamento del tutto inutile per la nostra vita giuridica, escludendone pertanto con l'esigenza anche la possibilità.

79. A. LENER, op. cit., p. 67.

La base normativa di una simile figura non sembra tuttavia possa essere rinvenuta nell'art. 1333 c.c.⁸⁰, e non solo perché il meccanismo descritto da tale norma, che non richiede accettazione ma ammette rifiuto, risulta difficilmente adattabile al negozio di accertamento unilaterale, ma proprio perché si tratta di un meccanismo che riguarda la formazione del contratto, del vincolo. Il negozio di accertamento unilaterale non costituisce invece un contratto, un vincolo tra due soggetti, ma, in quanto accertamento unilaterale, vincola il suo autore (anziché i suoi autori) a una certa intelligenza del rapporto.

In altri termini, la versione unilaterale della figura non si differenzia, nei presupposti e negli effetti, da quella bilaterale, anche se ovviamente tali effetti si produrranno solo per il dichiarante, e trova come quella il suo fondamento normativo nell'art. 1322 c.c., norma dettata per i contratti ma applicabile, in combinato disposto con l'art. 1324 c.c., anche ai negozi unilaterali.

Un'ipotesi applicativa di negozio di accertamento unilaterale potrebbe essere rinvenuta nella constatazione amichevole di incidente, vale a dire la convenzione di indennizzo diretto, meglio nota come CID, nella dichiarazione di chi assuma su di sé l'intera responsabilità per il danno prodotto da un incidente automobilistico, nella misura in cui accanto alla narrazione del fatto si ravvisi in essa la dichiarazione con cui la parte si vincola a una data configurazione della situazione, con effetto preclusivo. Un'altra ipotesi potrebbe individuarsi nel riconoscimento negativo, cioè nella dichiarazione resa da una parte di non avere ulteriori pretese al di là di quelle già soddisfatte dalla controparte⁸¹.

80. A. LENER, *op. cit.*, p. 68, per il quale «all'ammissione dell'accertamento negoziale unilaterale [...] offre una solida base l'art. 1333 c.c., che non c'è ragione di limitare, secondo la sua lettera, all'ambito dell'efficacia obbligatoria, e che [...] presenta il paradigma generale di una disposizione negoziale che, per essere interamente vantaggiosa alla controparte, non propone per questa il problema di una accettazione, ed è dunque essenzialmente unilaterale, libero restando il destinatario di respingere, con rifiuto, il beneficio offertogli, se non intenda profittarne». In realtà, però, come rileva lo stesso L., «l'atto di ricognizione non propone neppure un problema di rifiuto: il destinatario della ricognizione, che non vede la propria sfera giuridica sostanziale incrementata o comunque vantaggiosamente configurata nel senso che corrisponde alla dichiarazione dell'altra parte, non ha bisogno di paralizzarla col rifiuto; gli basta non servirsene».

81. Secondo A. LENER, *op. cit.*, p. 67, una delle fattispecie nelle quali un determinato regolamento della situazione giuridica esaurisce totalmente l'interesse della parte che resta estranea alla dichiarazione, ed è quindi ammissibile che un negozio unilaterale possa conformare direttamente la situazione giuridica in questione è dato «nelle ipotesi del c.d. riconoscimento negativo, che vanno dall'ammissione della totale infondatezza di una pretesa fatta valere [...] all'attestazione di non avere ulteriori pretese al di là di quelle già soddisfatte dalla controparte: resta pur sempre in piedi [...] il problema dell'effettiva presenza di una dichiarazione negoziale, cioè di una dichiarazione sorretta dall'intento di definire in modo vincolante la situazione giuridica, che è forse il più delicato negli ardui tentativi di dare un soddisfacente inquadramento alla tormentata prassi delle quietanze a saldo». L'effettiva natura negoziale di una simile dichiarazione potrebbe in verità essere posta in dubbio, il problema in realtà non sembra possa risolversi in maniera definitiva, ma piuttosto la questione deve essere esaminata di volta in volta in relazione alla singola fattispecie concreta. Natura negoziale pare doversi negare alla semplice quietanza a saldo di cui all'art. 1199, non solo infatti il suo rilascio è di un atto dovuto del debitore ma soprattutto il suo effetto è meramente certificativo, probatorio dell'avvenuto adempimento. Diverso potrebbe essere il caso di una dichiarazione con la quale la parte non si limiti ad attestare di avere ricevuto il pagamento ma dichiari anche di non avere nulla altro da

Un'ulteriore ipotesi applicativa potrebbe essere rappresentata dalla dichiarazione del terzo beneficiario circa il carattere liberale dell'attribuzione da lui ricevuta in seguito a una stipulazione in suo favore ex art. 1411 c.c. Il vincolo a una determinata intelligenza del rapporto, e quindi, in sostanza, l'effetto preclusivo, riguarda infatti in via immediata e diretta solo la sfera giuridica del terzo. La sfera dello stipulante autore della liberalità risulta a ben vedere coinvolta da tale dichiarazione solo in via indiretta, o meglio mediata. Il regolamento della situazione effettuato dal terzo beneficiario esaurisce anche l'interesse della parte che rimane estranea alla dichiarazione. Sul piano logico non sembra infatti vi sia spazio per una diversa e contrastante manifestazione del medesimo interesse da parte di questi.

Una dichiarazione del terzo sembra pertanto non solo ammissibile sul piano sistematico, ma anche "sufficiente" rispetto alla finalità che si intende raggiungere. Il suo carattere unilaterale, eccentrico se si considera la struttura (generalmente) bilaterale dell'atto di liberalità che si intende disvelare e l'inclinazione a ricomprendere nell'area del contratto le attribuzioni patrimoniali che non ne risultano più o meno esplicitamente escluse, appare in realtà in sintonia con la natura liberale dell'attribuzione, dove la contrattualità si riduce in ultima analisi al solo profilo strutturale⁸².

pretendere, ponendo fine in tal modo a una precedente situazione di incertezza e vincolandosi con effetto preclusivo a quanto dichiarato: contenuto ed effetti di una simile dichiarazione hanno certamente carattere negoziale e possono essere qualificati come negozio di accertamento unilaterale.

82. La contrattualità degli atti di liberalità (ivi compresa la donazione) si atteggia infatti per molti profili in modo peculiare e di questo sembra del resto consapevole anche il legislatore del '42 laddove nella *Relazione al codice civile*, al n. 371, afferma che «se è vero che la donazione viene esattamente configurata come un contratto, è anche vero che essa costituisce un contratto *sui generis*, la cui disciplina presenta sensibili deviazioni rispetto alla normale regolamentazione dei rapporti contrattuali». In molti aspetti, infatti (per esempio la capacità di disporre e di ricevere per donazione, la nullità per motivo illecito o per errore sul motivo, riduzione per lesione di legittima e così via), si impone la applicazione «della disciplina del più emblematico dei negozi unilaterali, quale è il testamento» e ciò permette all'interprete di «guardare alla donazione come a un contratto così particolare da non sembrare, a volte, neppure un contratto» (G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, in *Diritto privato 1999-2000*, V-VI, *L'invalidità degli atti privati*, pp. 372-373, dell'estratto).

AUTONOMIA NEGOZIALE E LOCAZIONE NON ABITATIVA: CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLE CLAUSOLE DI ADEGUAMENTO DEL CANONE E DI RINUNCIA ALL'INDENNITÀ DI AVVIAMENTO

ROBERTO CALVO

Prof. ordinario Università della Valle d'Aosta

SOMMARIO: 1. Vincoli legali e autodeterminazione: una convivenza difficile. – 2. Aggiornamento e adeguamento del canone nelle locazioni non abitative. – 3. La disponibilità *ex ante* dei diritti a presidio dell'avviamento commerciale.

1. Vincoli legali e autodeterminazione: una convivenza difficile.

Iniziamo con il rinnovare alla memoria che la locazione è il contratto con il quale una parte concede in godimento all'altra una cosa mobile o immobile per un determinato periodo, ottenendo in cambio il corrispettivo pattuito. Le prestazioni delle parti sono necessariamente distribuite sotto il profilo cronologico: quella del locatore, che consiste nella promessa di mettere a disposizione la *res*, è continuativa, mentre la controprestazione del locatario è di massima periodica¹.

Gli artt. 1571 ss. c.c. dettano la disciplina generale della locazione, la quale deve essere armonizzata con la legislazione speciale, che ha favorito il processo di «decodificazione» del tipo contrattuale, e cioè di allontanamento dal codice dello statuto regolante il rapporto oggetto di queste pagine.

Si tratta di un distacco che ha profonde radici nel tempo a causa dei coinvolgimenti sociali della locazione di edifici destinati ad abitazione. I punti nodali di riferimento della preannunciata disciplina extracodicistica sono oggi rappresentati dalle leggi 392/1978 e 431/1998.

La prima delle precitate fonti, che impresse alla materia delle locazioni d'immobili urbani una disciplina organica al fine di superare la farraginoso legislazione di blocco dei fitti e di proroga dei contratti stratificatasi nel tempo, è contraddistinta dall'obiettivo di salvaguardare il diritto fondamentale correlato all'abitazione, obiettivo inseguito percorrendo la strada della sottrazione di spazi all'autonomia dei privati.

Entro tale scenario fu congegnato lo statuto del «sottotipo», dedicato ai contratti di locazione d'immobili destinati a uso abitativo, reggentesi sulle colonne della determinazione legale del canone – cui, non a caso, si assegnò la stimate dell'equità – e della

1. A. GUARINO, *Locazione*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1965, p. 6. Invece, a parere di C. LAZZARA, *Il contratto di locazione (profili dommatici)*, Milano, 1961, p. 52, la locazione dovrebbe essere considerata un contratto a effetti immediati, perché l'acquisto del diritto da parte del locatario si realizzerebbe già al momento dell'accordo.

durata minima². Per rendere non effimera la tutela degli inquilini e nello stesso tempo allo scopo di consolidare le barriere riducenti la naturale forza espansiva dell'autonomia privata, l'art. 79, comma 1, della legge sull'equo canone sanzionava con la nullità ogni pattuizione diretta a limitare la durata del contratto o ad attribuire al locatore un canone extralegale, o altro vantaggio in contrasto con il regolamento normativo.

Il legislatore del 1978 ha in tal modo cercato di porre rimedio al naturale divario di poteri fra locatori e conduttori, facendo leva su una costellazione di norme che avrebbe dovuto assicurare l'equilibrio giuridico ed economico del contratto di locazione. L'effetto indiretto è stato quello di comprimere l'offerta di alloggi e di distrarre il risparmio privato verso investimenti alternativi a causa dei vincoli imposti alla proprietà dalla fonte in esame³. Di lì l'idea, consolidatasi con il passare dei decenni, di riaprire le porte alla libertà contrattuale, senza tuttavia disconoscere una garanzia minimale alle esigenze abitative primarie di chi va in cerca di un alloggio da prendere in locazione.

La l. 431/1998 ha tradotto in diritto positivo quell'idea, prevedendo due sottospecie di contratti locativi. La prima categoria – osserviamo per inciso – si distingue perché è riconosciuta alle parti la facoltà di determinare liberamente il canone; quella facoltà, che dovrebbe andare a vantaggio degli interessi dei proprietari, è controbilanciata – a beneficio degli inquilini – da una maggior durata del contratto, pari a quattro anni, con l'ulteriore rinnovo per un eguale periodo ove il locatore non receda⁴ alla prima scadenza, perché intende adibire l'immobile agli usi o eseguire le opere di cui all'art. 3, ovvero vendere l'immobile alle condizioni fissate nella medesima disposizione (art. 2, comma 1).

Gli stipulanti possono tuttavia scegliere l'altra sottospecie, nella quale l'eterodeterminazione del canone – stabilito in aderenza agli accordi locali perfezionati dalle associazioni dei proprietari e degli inquilini⁵ –, implicante la restrizione degli spazi all'autonomia

2. Erano sottratte a tale disciplina le locazioni enumerate nell'art. 26 della legge in discorso. Egualmente escluso dal medesimo statuto è il contratto atipico di *residence*, il quale si differenzia dal rapporto tipico di locazione, siccome al godimento dell'immobile si accompagna la fornitura di servizi di natura alberghiera. È irrilevante che l'avente causa abbia fatto un uso parziale o incompleto dei servizi messi a sua disposizione dalla controparte, essendo sufficiente che essi sussistessero e che rientrassero nel contenuto del contratto in esame: Cass., 14 maggio 1999, n. 4763, in *Giur. it.*, 2000, p. 718; v. anche Cass., 4 febbraio 1987, n. 1067, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1662.

3. M. TRIMARCHI, *La locazione abitativa nel sistema e nella teoria generale del contratto*, Milano, 1988, p. 50 ss., p. 61 ss.; L. A. SCARANO, *La riforma introdotta dalla l. 9 dicembre 1998, n. 431*, in S. PATTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle locazioni abitative*, Milano, 2001, p. 10 s.

4. La legge evoca la fattispecie della disdetta, ma in realtà si tratta di un vero e proprio recesso: conf. R. CARLEO, *Disdetta del contratto da parte del locatore*, in S. PATTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle locazioni abitative*, cit., p. 174.

5. Osserva al riguardo G. BENEDETTI, *Nuova disciplina delle locazioni e autonomia privata*, in G. VETTORI (a cura di), *Le locazioni abitative*, Padova, 2002, p. 675, che «Il legislatore, dimostrandosi sempre più *sfiduciato* verso le capacità dell'*individuo*, forse condizionato da certe concezioni sociologiche, secondo le quali questo può far udire la sua voce solo se riesce a inserirla nei canali dei cd. "grandi apparati", forse dominato dall'idea della difesa del cd. contraente debole, ha escogitato un sistema che, pur volendo celebrare il ritorno all'autonomia privata, si

privata nell'interesse dei locatari in quanto soggetti tradizionalmente deboli, è compensata dalla minor durata del rapporto negoziale, pari a tre anni, cui segue (là dove le parti non concordino il rinnovo) la «proroga» per altri due anni, salvo che il locatore non intenda recedere invocando i precitati motivi (art. 2, commi 3 e 5)⁶. Importa bene considerare che questa disciplina non si applica ai contratti di locazione elencati nell'art. 1, commi 2 e 3⁷.

Sono rimaste in piedi le regole della legge del 1978 sulla sublocazione (art. 2), sul recesso (art. 4) e sull'inadempimento del conduttore (art. 5), sulla successione nel contratto (art. 6), sulla clausola di scioglimento in caso di alienazione (art. 7), sulle spese di registrazione (art. 8), sugli oneri accessori (art. 9), sulla partecipazione del conduttore all'assemblea dei condòmini e sul deposito cauzionale.

Sul versante delle locazioni d'immobili destinati a uso diverso da abitazione (indicati nell'art. 27, commi 1 e 2, l. 392/1978)⁸, il legislatore si è limitato a sottrarre all'autonomia dei privati (e quindi alle regole della domanda e dell'offerta) il potere discrezionale di fissare la durata minima del contratto, a meno che l'attività esercitata nell'immobile abbia carattere transitorio (art. 27, comma 5)⁹. La suddetta durata è di sei anni, che salgono a nove se l'immobile è adibito ad attività alberghiere o teatrali. È in facoltà delle parti di consentire che il conduttore possa recedere *ad libitum* (art. 27, comma 7). Ma il recesso del conduttore è sempre ammesso ove ricorrano gravi motivi, che devono consistere in fatti sopravvenuti e involontari, di natura tale da rendere oltremodo onerosa per tale parte la

fonda sull'organizzazione collettiva. La quale, meglio della fragilità del singolo, sarebbe in grado di conoscere, discutere, negoziare, porre condizioni per giungere ad un equilibrio degli interessi contrapposti, la cui composizione dovrebbe risultare «equa» (corsivi dell'A.).

6. Inoltre l'adozione di questo «sottotipo» conferisce al locatore vantaggi fiscali.

7. Alla scadenza, rispettivamente, del primo rinnovo o della proroga legale il contratto è tacitamente rinnovato alle medesime condizioni ove non si seguano le formalità previste nei commi 2 e 5 dell'art. 2.

8. Ma v. anche quanto sancito dall'art. 42: cfr. F. TRIFONE, *Locazione*, IV) *Locazioni ad uso non abitativo*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 2001, p. 15 s. Secondo le corti la predetta disciplina si applica anche alle aree nude (s'intende alludere in particolare ai terreni), ove sia esercitata una delle attività previste nell'art. 27, l. 392/1978: Cass., 4 febbraio 2004, n. 2069, in *Mass. Giur. it.*, 2004.

9. Per le locazioni a carattere stagionale v. il comma 6 [su tale tema cfr. F. TRIFONE, *Locazione*, IV) *Locazioni ad uso non abitativo*, cit., p. 3 ss.]. Si tenga altresì conto dell'art. 79, comma 3, l. 392/1978, introdotto dall'art. 18, d.l. 133/2014, convertito in l. 164/2014, secondo cui «In deroga alle disposizioni del primo comma, nei contratti di locazione di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, anche se adibiti ad attività alberghiera, per i quali sia pattuito un canone annuo superiore ad euro 250.000, e che non siano riferiti a locali qualificati di interesse storico a seguito di provvedimento regionale o comunale, è facoltà delle parti concordare contrattualmente termini e condizioni in deroga alle disposizioni della presente legge. I contratti di cui al periodo precedente devono essere provati per iscritto». Su quest'ultimo tema si veda F. PADOVINI, *La liberalizzazione del mercato delle grandi locazioni ad uso non abitativo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 429 ss. Per altro verso, in forza della disciplina su esposta, le regole dettate dagli artt. 1574 e 1596, comma 2, c.c., valgono, oltre che per le abitazioni di lusso di cui all'art. 1, comma, l. 431/1998, per le aree nude e i posti auto (cfr. Pret. Benevento, 14 maggio 1985, in *Arch. loc.*, 1985, p. 314). Cfr. A. CIATTI, *sub art. 1596*, in V. CUFFARO, R. CALVO e A. CIATTI, *Della locazione. Disposizioni generali, Artt. 1571-1606*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2014, p. 314 s.

prosecuzione del rapporto (art. 27, ult. comma)¹⁰. Il contratto si rinnova *ex lege* se il locatore non comunica la disdetta nei termini previsti dall'art. 28, comma 1¹¹. Tuttavia, alla prima scadenza il locatore può esercitare la facoltà di diniego della rinnovazione soltanto qualora sussistano i motivi enumerati nell'art. 29¹².

2. Aggiornamento e adeguamento del canone nelle locazioni non abitative.

Alla suddetta libertà di determinazione del canone fanno da contrappeso le limitazioni di cui all'art. 32 l. 392/1978 (secondo il testo adesso vigente) in tema di aggiornamento. Tale disposizione pone le seguenti regole: *a*) gli stipulanti possono pattuire che il canone sia «aggiornato annualmente», su richiesta del locatore, per far fronte al fenomeno inflattivo; *b*) le variazioni in aumento, per quel che concerne i contratti di durata non superiore a quella fissata *ex lege*, non possono oltrepassare i tre quarti dell'indice Istat; *c*) le norme che precedono valgono altresì per i contratti aventi carattere stagionale¹³.

Il significato della regola in parola balza agli occhi: il legislatore, con specifico riguardo all'interesse del locatore, ha consentito l'introduzione nella *lex contractus* – o tramite sopravvenuta modifica dell'accordo iniziale¹⁴ – della clausola di adeguamento del canone, in maniera da sterilizzare gli effetti – imputabili al nominalismo – che conseguono alla perdita del potere di acquisto della moneta.

Siffatto beneficio, il quale finisce con l'assumere i tratti del diritto potestativo concatenato al patto di adeguamento approvato dalle parti, è stato però circoscritto alla frazione sopra indicata. L'eventuale superamento di essa implica la nullità della porzione in eccesso ai sensi dell'art. 79, comma 1, l. 392/1978: di lì l'effetto sostitutivo di cui all'art. 1339 c.c.

Assodato che la nullità che ci sta occupando è proiettata a tutelare la parte ritenuta – con un certo margine d'arbitrarietà¹⁵ – debole (vale dire il conduttore)¹⁶, occorre allora considerare valido il patto con il quale siano state previste cadenze di aggiornamento del canone superiori a quella fissata dalla regola scritta, oppure percentuali inferiori al settantacinque per cento¹⁷. In quest'ambito la libertà negoziale domina sovrana (data

10. Non integrano pertanto i «gravi motivi» rilevanti ai fini del recesso legale le scelte di politica aziendale del conduttore: Cass., 19 luglio 2005, n. 15215, in *Mass. Gjur. it.*, 2005.

11. Cfr., diffusamente F. Trifone, *Locazione*, IV) *Locazioni ad uso non abitativo*, cit., p. 4 ss.

12. Sul punto v. le ulteriori regole di cui agli artt. 30 (procedura per il rilascio) e 31 (sanzioni).

13. Il testo originario dell'art. 32 anteriore alla modifica intervenuta con l'art. 1, comma 9-*sexies*, del d.l. 12/1985 imponeva un periodo iniziale d'invariabilità del canone di tre anni, consentendo alle parti di stabilirne l'aggiornamento biennale a decorrere dal quarto anno.

14. P. COSENTINO, in P. COSENTINO e P. VITUCCI, *Le locazioni dopo le riforme del 1978-1985*, Torino, 1986, p. 215.

15. Sul punto si vedano i rilievi di G. GABRIELLI, *Problemi dell'adeguamento dei canoni di locazione in periodi di inflazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 703.

16. Cfr., ad esempio, S. GOIONE, *Patti di aumento del canone di locazione: clausole nulle o strumenti di gestione delle sopravvenienze?*, in *Contratti*, 2016, p. 924.

17. Cass., 13 luglio 1992, n. 8499, in *Foro it.*, 1993, I, c. 122, e in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1591 ss., con nota di M. DE TILLA, *Sulla posizione del conduttore e sul corrispettivo dovuto dopo la cessazione del rapporto di locazione*, *ivi*, p.

la natura straordinaria dei limiti imposti dall'autorità legislativa): essa non può pertanto essere svilita demandando ai giudici il compito di sanzionare l'eventuale difetto di causa della maggiorazione¹⁸. Insomma, un conto è contrastare l'uso dei poteri d'autodeterminazione quando siano stati ingegnosamente impiegati al fine di eludere il *ius cogens*; altro è comprimere o sacrificare (con tono illiberale) la medesima autodeterminazione tramite l'uso politicamente orientato – e ormai fuori moda – dell'argomento causale¹⁹.

Dall'applicazione pratica della disposizione è sorto il problema circa la definizione dei confini tra clausola – non ostacolata dall'art. 32 l. 392/1978 – di aggiornamento del canone dipendente da eventi o situazioni estranee al proposito di porre rimedio agli effetti negativi (a scapito del locatore) del nominalismo, rispetto all'intento – viceversa osteggiato dalla medesima disposizione normativa – mirato ad aggirare il precetto per mezzo d'intese volte a concretare una sorta di determinazione anticipata, se non addirittura surrettizia, dell'importo utile a contrastare *pro futuro* la perdita del potere di acquisto della moneta.

Orbene, l'evocata libertà di fissazione del canone nel territorio dei contratti di locazione a uso non abitativo (libertà – come detto – ora estesa in parte alle locazioni abitative), è di per sé indice sintomatico della piena liceità degli accordi diretti a prevedere incrementi del canone legati a situazioni contingenti, selezionate dal libero arbitrio dei paciscenti, fra l'altro svincolate dall'esigenza di garantire nel tempo il valore reale della pigione originaria²⁰.

Basti pensare, volendo percorrere il sentiero dell'esemplificazione casistica, alla clausola con la quale il locatore, al fine di favorire la controparte, abbia preteso un canone inferiore a quello di mercato per i primi due anni²¹, ma nello stesso tempo abbia imposto, a datare dalla terza annualità, un aumento periodico condizionato dal volume degli incassi, oppure ad altri criteri che nulla hanno a che spartire con la pressione inflazionistica (la mente corre alle clausole di aggiornamento subordinate all'incremento della popolazione residente in un determinato quartiere, o alla costruzione di servizi pubblici o, similmente, all'approvazione di variazioni urbanistiche implicanti la trasformazione di aree circostanti da inedificabili in residenziali).

1595 ss. Con tale decisione la corte di legittimità ha altresì chiarito che là dove le parti abbiano per l'appunto «convenuto che il canone venga aggiornato a periodi superiori a quelli legali, non è poi possibile – in una inammissibile sintesi tra patto più favorevole e norma di legge – procedere all'aggiornamento applicando gli indici propri del minor periodo legale, anziché quelli del periodo corrispondente alle scadenze convenute, a meno che non risulti che le stesse abbiano inteso che gli indici da applicare siano fissati con riferimento ad un periodo diverso ed inferiore».

18. *Contra*, S. GOIONE, *Patti di aumento del canone di locazione: clausole nulle o strumenti di gestione delle sopravvenienze?*, cit., p. 928.

19. In termini generali sia consentito rinviare a R. CALVO, *L'autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, Milano, 2013, p. 63 ss.

20. Il punto fu fin dall'origine perfettamente colto da G. GABRIELLI, *Problemi dell'adeguamento dei canoni di locazione in periodi di inflazione*, cit., p. 704.

21. V., ad esempio, Cass., 10 giugno 1996, n. 5360, in *Contratti*, 1996, p. 615.

Si continui a tenere bene a mente che i termini del discorso mutano quando sia percettibile il programma elusivo della norma imperativa. Vero difatti è che il limite *ex art.* 32, comma 2, l. 392/1978 – il quale, a ben guardare, ha oggi sostanzialmente smarrito la propria funzione empirica a causa della tendenziale stabilità dei prezzi²² – può, di fatto, essere aggirato grazie a clausole *ad hoc*, la cui reale finalità è votata ad assicurare al locatore un adeguamento del canone, per effetto della *ex ante* prevedibile perdita progressiva del potere di acquisto della moneta, in misura sovrabbondante e comunque tale da alterare sensibilmente l'originario equilibrio economico del rapporto di scambio. Ciò è quanto potrebbe verosimilmente accadere nell'eventualità che i criteri di aumento siano stati ancorati a regole di computo preordinate (anche solo indirettamente) a contrastare la pressione inflazionistica (ciò importa che le medesime regole assumano, in concreto, il contenuto di clausole d'indicizzazione): si pensi al caso in cui il canone di un immobile adibito a sala cinematografica sia destinato a variare in proporzione all'aumento del costo dei biglietti.

Ebbene, l'osservazione appena compiuta sul terreno dell'esperienza pratica sembra avvalorare la deduzione – la quale deve ovviamente essere suffragata, per opera dei giudici, da motivazioni scrupolose e non preconcepite²³ – secondo cui il particolare meccanismo di adeguamento del canone è stato ispirato da propositi antinflazionistici, assodato che l'aumento del prezzo del suddetto biglietto, di massima, procede di pari passo con l'aumento del costo della vita.

Di fronte a clausole così congetturate l'autorità giurisdizionale può scorgere, tenuto conto delle specificità della singola vicenda litigiosa, i profili patologici propri della frode alla legge; da qui discende la loro nullità ai sensi dell'art. 79, comma 1, l. 392/1978²⁴. È ora evidente che il meccanismo messo a punto dal legislatore del 1978 per riparare il conduttore dal rischio che lo spauracchio dell'inflazione galoppante fosse usato dal concedente in maniera da far lievitare il canone grazie ad aumenti dello stesso prefissati secondo meccanismi empirici, è offerto dalla regola condizionante *ex post* il sistema di adeguamento all'indice (nei limiti già segnalati) d'inflazione.

La giurisprudenza forense²⁵ ha di recente fatto chiarezza in questa materia, spazzando definitivamente via alcune incomprensioni, talvolta frutto di letture superficiali delle pronunzie di legittimità²⁶.

22. Ben diversa era la situazione economica quando fu elaborata la legge sull'equo canone: si veda, segnatamente, G. GABRIELLI, *Problemi dell'adeguamento dei canoni di locazione in periodi di inflazione*, cit., p. 702.

23. In proposito v. i giusti moniti di G. GABRIELLI, *Problemi dell'adeguamento dei canoni di locazione in periodi di inflazione*, cit., p. 705.

24. Una volta appurato e condiviso il fondamento logico della norma, sembrerebbe non pienamente coerente – si noti solo per inciso – rispetto all'additata *ratio legis* la scelta di circoscrivere la validità delle clausole tipiche di adeguamento rispondente alla frazione di tre quarti dell'indice d'inflazione accertato dall'Istat.

25. Intendiamo alludere a Cass., 10 novembre 2016, n. 22908, in *Pluris Cedam*, e alla «gemella» Cass., 10 novembre 2016, n. 22909, in *Dejure*.

26. Un chiaro esempio delle additate letture distorte è rappresentato, di recente, da Cass., 11 ottobre 2016, n. 20384, in *Guida dir.*, 2016, 47, p. 69, ove si legge tra l'altro che «va ribadito che in tema di immobili adibiti ad

Su questo sfondo, prendendo le mosse dal precedente paradigmatico n. 6695 del 1987²⁷, si è affermato che la «revisione riequilibratrice» del canone di locazione, atta a assicurare nel tempo l'originario valore reale dello stesso, di cui si occupano gli artt. 32 e 78, comma 1, l. 392/1978, deve essere distinta dalle clausole invece preordinate all'incremento del canone in base a criteri, scelti dalle parti nell'esercizio dei poteri di autonomia negoziale, emancipati dallo scopo antinflattivo.

Per realizzare il prospettato proponimento gli stipulanti possono percorrere due strade: o prevedere il canone globale, che copre l'intera durata dalla locazione, suddividendolo secondo un metodo di riparto a rate crescenti; oppure differenziare il canone stesso tenuto conto di variazioni estrinseche, estranee alle storture economiche innervate dal nominalismo, quali – come rilevammo poco fa – l'incremento della clientela, del volume d'affari *et similia*.

Mediante tali ultime convenzioni, che fuoriescono dall'area di competenza dell'art. 32 l. 392/1978, vengono protetti interessi meritevoli sotto il profilo della legalità costituzionale: da un lato il locatore beneficia della maggior redditività dell'immobile adibito a uso diverso da quello abitativo, dall'altro il conduttore bilancia l'incremento della prestazione patrimoniale dovuta alla controparte con l'innalzamento degli introiti conseguente alla crescita economica della sua impresa. Talché, si pone «in sede d'interpretazione del contratto, il problema di stabilire se mediante la formula adottata a determinazioni di canoni differenziati e crescenti per frazioni di tempo, le parti abbiano in realtà perseguito lo scopo di neutralizzare soltanto gli effetti negativi della svalutazione monetaria (con eventuale surrettizia elusione, sanzionabile ai sensi dell'art. 79, dei limiti quantitativi posti dall'art. 32, in esame) oppure abbiano di comune accordo inteso riconoscere al locatore, in misura dinamica, una maggiore fruttuosità in termini reali del ceduto godimento dell'immobile»²⁸.

3. La disponibilità *ex ante* dei diritti a presidio dell'avviamento commerciale.

Si rammenti che in tema di tutela dell'avviamento commerciale l'art. 34, comma 1, l. 392/1978, riconosce al conduttore, in caso estinzione del rapporto locativo non a lui imputabile²⁹, il diritto ad un'indennità con riguardo alle attività indicate nell'antecedente art. 27, commi 1 e 2 (fatte salve le esclusioni di cui al successivo art. 35).

uso diverso da abitazione, ogni pattuizione avente ad oggetto non già l'aggiornamento del corrispettivo ai sensi della L. n. 392 del 1978, art. 32, ma veri e propri aumenti del canone, deve ritenersi nulla, *ex art. 79*, comma 1, della stessa legge, in quanto diretta ad attribuire al locatore un canone più elevato rispetto a quello previsto dalla norma»; v. anche Cass., 23 giugno 2016, n. 13011, in *Pluris Cedam*.

27. In *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 384 ss., con nota di S. GIOVE, *Ancora su aumenti ed aggiornamenti del canone nelle nuove locazioni non abitative*, *ivi*, c. 383 ss.

28. Cass., 10 novembre 2016, nn. 22908 e 22909, *cit.*

29. La medesima esclusione vale anche in caso di risoluzione del contratto conseguente all'apertura di una procedura concorsuale.

La suddetta regola di favore per il conduttore ha un doppio fondamento: da un canto compensa il plusvalore di cui viene a giovare l'immobile per effetto della sua notorietà e forza attrattiva consolidate grazie all'attività economica (aperta al pubblico degli utenti e consumatori) svolta fin lì dal conduttore stesso; dall'altro bilancia il pregiudizio – valutato astrattamente dalla legge (come si trattasse di una sorta di clausola penale di origine normativa) – cui tale parte va incontro a causa del consequenziale spostamento dell'azienda in un altro immobile, spostamento sottostante il rischio, variamente modulato, di una (almeno iniziale o *ex lege* presunta) riduzione del volume d'affari.

L'additata *ratio legis* sembra trovare diretta conferma nel capoverso dell'art. 34 l. 392/1978, che non a caso assegna al conduttore il diritto a un compenso ulteriore, accostabile all'arricchimento indiretto³⁰, là dove l'immobile sia adibito dal proprietario o dal terzo a attività uguale o affine a quella in precedenza svolta dall'originario conduttore, sempre che essa venga iniziata entro un anno dell'estinzione del rapporto precedente. Sicché, al fine di evitare il pagamento di questa ulteriore somma, il locatore dovrebbe tenere libero l'immobile, qualora intendesse continuare o far continuare la medesima attività già esercitata dal locatario uscente, per dodici mesi dallo scioglimento del vincolo contrattuale pendente.

Qui giunti, ci si chiede se siano o no validi i patti di anticipata rinuncia da parte del conduttore all'indennità di avviamento. L'ostacolo alla loro validità è senz'altro costituito dall'art. 79, comma 1, l. 392/1978, posto che la profilata abdicazione anticipata rappresenta un vantaggio che urta contro l'art. 34 della medesima fonte.

La giurisprudenza forense ha tuttavia percorso una strada che annienta la sanzione di nullità, attribuite forza imperativa all'esposta regola sull'indennità di avviamento, quando sia di fatto ravvisabile un vantaggio mediato a favore del titolare del diritto alla prestazione patrimoniale di cui ci stiamo occupando. In quest'ordine d'idee è stata riconosciuta la validità del patto negoziale implicante l'abdicazione del diritto allorché il locatore, dal canto suo, abbia «pagato» il vantaggio futuro innervato dalla rinuncia che precede, compensando *pro rata temporis* la somma dovuta a titolo indennitario con i canoni mensili addossati al conduttore³¹. Nella medesima direzione, è stata acclarata la validità della clausola di rinuncia della prelazione legale di cui all'art. 38 l. 392/1978³² e dell'indennità di avviamento, ove le predette abdicazioni siano dedotte di un rapporto commutativo e traggano quindi la propria giustificazione causale dalla controprestazione dovuta dal locatore al locatario, consistente nella riduzione del già concordato canone locativo³³.

30. Si veda G. AULETTA, *Avviamento commerciale*, I) *Diritto commerciale*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, p. 8.

31. Cass., 29 aprile 2015, n. 8705, in *Pluris Cedam*.

32. Anche questo istituto protegge l'interesse del conduttore a preservare il valore dell'avviamento: tuttavia, tale tutela, a differenza di quella legata all'indennità, opera nel corso del rapporto di locazione anziché al momento della sua estinzione. Si veda al riguardo V. CUFFARO, *Indennità di avviamento e diritti di prelazione*, in *AA.VV., Cessione e uso dei beni*, II, in *Tratt. Roppo*, Milano, 2014, p. 1134.

33. Cass., 20 ottobre 1995, n. 10907, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2675, con nota di N. IZZO, *Superabile l'impera-*

Da questi precedenti giudiziari è dato ravvisare la negoziabilità dei diritti patrimoniali pro conduttore, a tutela dell'avviamento commerciale, quando la «scure abdicativa» sia stata pareggiata da un vantaggio legittimante la paralisi della nullità per assenza dei presupposti che ne giustificano tanto l'operatività quanto la sua *ratio essendi*. In effetti, se l'evocata ragione d'essere affonda la propria radice logica nel proposito di proteggere la parte che, per merito della sua operosità, subisca – come notammo – un pregiudizio (non ingiusto) dipendente dalla sopraggiunta estinzione non imputabile del rapporto di durata, sembra allora razionale escludere la sussistenza del presupposto venante la matrice imperativa della situazione soggettiva del conduttore quando la rinuncia al diritto patrimoniale sia stata compensata da un beneficio che di massima annienta, tenuto ovviamente conto delle specificità del caso concreto (le quali potrebbero condurre a un esito applicativo opposto), il sospetto dell'abuso giuridico o della frode alla legge.

tività della legislazione delle locazioni?, ivi. Vale la pena di segnalare che Cass., 12 luglio 2005, n. 14611, in *Giur. it.*, 2006, p. 2064 ss. con nota di E. BATTELLI, *Collegamento negoziale tra contratto di agenzia e sublocazione (autonomia delle rispettive discipline dell'indennità di fine rapporto e da avviamento)*, ivi, p. 2065 ss. in ipotesi di collegamento negoziale tra un contratto di locazione e un rapporto di agenzia, nel confermare la pronuncia impugnata che aveva escluso la validità della clausola con la quale il subconduttore rinunziò al diritto all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale, ha negato che tale rinuncia fosse compensata dall'indennità di fine rapporto di agenzia, indennità che trova la sua fonte in un vincolo negoziale esterno a quello di locazione e che non può bilanciare la rottura dell'equilibrio sinallagmatico interno del contratto di locazione come voluto dal legislatore.

SULLE OSCILLAZIONI APPLICATIVE DEL CONCORSO DEL FATTO COLPOSO DEL CREDITORE

VALERIA CAREDDA
Prof. ordinario Università di Cagliari

SOMMARIO: 1. Le oscillazioni applicative dell'art. 1227. - 2. L'applicazione strumentale. Un caso emblematico. - 3. La disapplicazione in funzione di tutela. Alcuni casi emblematici. - 4. L'applicazione graduata della norma. - 5. Il ruolo della gravità della colpa.

1. Le oscillazioni applicative dell'art. 1227.

In tema di concorso del fatto colposo del creditore il mare è calmo solo in apparenza: appena sotto la superficie si incrociano correnti contrapposte e, se sul pelo dell'acqua si avverte solo qualche leggera increspatura, in realtà è bene tenere la rotta ed osservare l'orizzonte. Se facciamo ricorso alla metafora marinara, e ne chiediamo venia, ciò dipende dal fatto che l'istituto in questione e la norma che lo disciplina occupano una posizione centrale nell'ordinamento a dispetto di una collocazione settoriale, si collegano con meccanismi primari, forniscono argomento alle più diverse costruzioni giuridiche. Più di una volta ne abbiamo evidenziato la natura di chiave di volta del sistema e questo sembra rendere plausibile che lo si immagini come situato all'incrocio dei venti. Il che può spiegare, per un verso, certe strumentalizzazioni applicative, ma non significa, per altro verso, che l'art. 1227 possa essere usato per risolvere problemi che non gli appartengono o che possa deformare gli istituti con i quali interagisce.

Ora, la calma apparente è assicurata da una posizione maggioritaria di dottrina e giurisprudenza, modellata sulla contrapposizione con una posizione minoritaria. Come è noto – pure essendo presenti opinioni dottrinali assai varie e sfumate – oggi ha conquistato una posizione del tutto prevalente (specialmente in giurisprudenza) l'idea per cui il fondamento dell'art. 1227 risiede nel funzionamento del meccanismo causale o nei suoi corollari¹. Pertanto, e brevemente, il debitore inadempiente o il danneggiante non

1. Il panorama della dottrina è assai più vario di quanto risulti dal testo, che si limita a forza a dar conto di una contrapposizione netta. Ci sia consentito rinviare brevemente, per la sommaria esposizione delle diverse opinioni, a V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore. Art. 1227*, in *Il codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2015, spec. p. 23 ss. L'opinione maggioritaria, fondata sul funzionamento dei meccanismi della causalità, è sostenuta, tra gli altri, da A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1966, p. 218 ss., al quale si deve l'affermazione riportata nel testo. Nel medesimo senso vedi C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2011, p. 154; C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 581; P. RESCIGNO, *Libertà del "trattamento" sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di Asquini*, IV, Padova, 1965, p. 1639 ss., spec. p. 1655; M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, nel *Comm. del cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, libro quarto, *Obbligazioni art. 2043-2059*, Bologna-Roma, 1993, p. 772 ss.; R. PUCELLA, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, spec. p. 5; dello stesso Autore, *La causalità "incerta"*, Torino, 2007,

rispondono del danno che non hanno causato o nella misura in cui non lo hanno causato, sul presupposto che in quella misura il danno medesimo sia stato cagionato dal comportamento negligente del soggetto leso². L'adesione a tale posizione si accompagna di norma al rifiuto di un'altra opinione, rappresentata come opposta alla precedente, rifiuto formulato più o meno in questi termini: il fondamento dell'art. 1227 risiede nei principi della causalità e non invece nel principio di autoresponsabilità. Più volte ci siamo espressi sulla perfetta compatibilità tra la prospettiva causale e quella ispirata all'autoresponsabilità³. Non possiamo non notare, tuttavia, che l'uso sommario se non inappropriato di

spec. p. 172 ss.; C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, spec. p. 1255 s.; P. CENDON, *In tema di concorso di colpa delle vittime del reato*, (nota ad App. Napoli 8 giugno 1964), in *Foro pad.*, 1966, I, p. 717; U. VIOLANTE, *La responsabilità parziaria*, Napoli, 2004, p. 38 ss.; in posizione simile rispetto a quella dell'A. appena citato, B. TASSONE, *Commento all'art. 1227*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, Art. 1218-1276, Torino, 2013, p. 285 ss.; vedi, altresì, la completa e meditata esposizione delle diverse opinioni in F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, 1996, p. 57 ss.; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990, p. 36. Le citazioni di giurisprudenza sarebbero sterminate ed il loro elenco perderebbe utilità, sia per la frequenza delle prese di posizione in tema di concorso del fatto colposo del creditore, sia per la loro sostanziale omogeneità. Per la felice e sintetica espressione "soggetto leso" siamo debitori a D. FARACE, *Sul concorso colposo dei soggetti lesi*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 158 ss.

2. Non vi è ragione per soffermarsi, in questa sede, sul fatto che la vittima, con la propria condotta danneggiata sé stesso, non lede la sfera giuridica altrui, non incorre, pertanto, in responsabilità.

3. L'opinione minoritaria ma influente alla quale ci si riferisce nel testo si deve in primo luogo a G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, spec. p. 460 ss.; dello stesso Autore, *Responsabilità da inadempimento e autoresponsabilità*, in *Lecture di diritto civile*, diretto da Zatti ed Alpa, Padova, 1990, p. 455 ss.; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 129 ss.; G. CRISCUOLI, "Cinture di sicurezza" e responsabilità civile: un confronto ed una prospettiva per l'art. 1227, comma 1° c. c., in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, p. 504 ss.; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, V, *Rimedi*, 2, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 889 ss.; ID., *Inadempimento e responsabilità del debitore*, in *Diritto civile. Norme, Questioni, Concetti*, a cura di Amadio e Macario, II, 2, II, Bologna, 2014, p. 430 ss.; R. CALVO, *Diritto civile*, I, *Le obbligazioni*, Bologna, 2015, p. 218 s.; nel medesimo senso anche P. CORRIAS, *Ritardo imputabile, eccessiva onerosità e principio di autoresponsabilità nell'appalto*, nota a Trib. Cagliari, 9.4.1991, in *Riv. giur. sarla*, 1992, p. 649 ss.; A. LA TORRE, *Responsabilità e autoresponsabilità nell'assicurazione*, in *Studi in memoria di A. Torrente*, I, Milano, 1968, p. 571 ss. In giurisprudenza si vedano Cass. Pen., sez. un., 13.1.1995, n. 1, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 144; Corte Conti, sez. riun., 18.6.1985, n. 425 in *Riv. Corte conti*, 1985, p. 818, ed altre. Per altri riferimenti e nella direzione della compatibilità tra le due impostazioni V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, cit., p. 38 ss.; la giurisprudenza in taluni casi precisa che non vi è incompatibilità tra spiegazione della norma in termini causali e requisito della colpa: Cass., 11.1.2002, n. 317; Cass., 14.6.1994, n. 5766, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 187. Sono significative le sentenze che "parlano" di autoresponsabilità a proposito dell'art. 1227 senza escludere che esso sia fondato sul funzionamento del nesso causale, anche se non sempre questo è indice sicuro di una presa di posizione chiara: Corte Conti, sez. riun., 18.6.1985, n. 425, p. 818, cit.; Corte conti, sez. riun., 13.4.1982, n. 412, in *Foro amm.*, 1985, I, p. 746 e soprattutto Cass. Pen., sez. un., 13.1.1995, n. 1, cit., ove si legge che «Poiché il risarcimento del danno è ontologicamente diverso dalla riparazione la somma determinata a titolo di indennizzo non può subire alcuna *taxatio* nel procedimento di riparazione, infatti, non trova luogo il principio civilistico di autoresponsabilità, ex art. 1227 e 2056, per il quale non è da indennizzare il pregiudizio per quella parte in cui sia lo stesso danneggiato ad avervi dato causa». La compatibilità tra le diverse prospettive indicate nel testo è riconosciuta anche da M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità*, Padova, 2006, p. 116 ss.; M. FACCIOLI, *Responsabilità medica e concorso di colpa del paziente danneggiato*, in *Dir. civ. cont.*, 1 luglio 2015; la prospettiva medesima non sembra essere esclusa da A. ZACCARIA, *Concorso di colpa e danni evitabili*, in *Studium iuris*, 10, 2007, p. 1084 ss.

tali principi – contrapposti o compatibili che siano – può produrre conseguenze non trascurabili ed anzi potenzialmente gravi. Esse emergono in qualche decisione di portata limitata, a prima vista, ma a ben vedere tale da poter sovvertire il sistema della responsabilità. L'osservazione della vasta casistica in materia mette a disposizione talune ipotesi che sono fonte di dubbi.

Per chiarezza espositiva – ed a segnalare la mancanza di una direttiva comune e di una salda consapevolezza – può essere utile distinguere tra interpretazioni che si traducono in uno svantaggio per il creditore/danneggiato ed interpretazioni che si risolvono, invece, in un vantaggio, o, almeno, che perseguono nelle intenzioni il vantaggio del medesimo soggetto. Appare utile anche una organizzazione alternativa del discorso che faccia perno sull'applicazione o disapplicazione dell'art. 1227, ma non decisiva: in primo luogo, perché la scelta tra rilevanza e non rilevanza del concorso (ossia, tra l'applicazione e la disapplicazione della norma in esame) non va necessariamente di pari passo con l'obiettivo di tutela, ossia il risultato di vantaggio o svantaggio per il lesa, ma dipende in larga misura dai punti fermi assunti come premesse⁴. In secondo luogo, l'art. 1227 è usato od ommesso con una certa disinvoltura, ora in una direzione, ora nell'altra, anche senza solidi ancoraggi sistematici.

2. L'applicazione strumentale. Un caso emblematico.

Menzioniamo, per prime, le ipotesi nelle quali si è fatto un uso distorto del concorso del fatto colposo, tradottosi in svantaggio per il danneggiato. Ha prodotto una certa eco una sentenza che si è pronunziata su un caso di responsabilità “sanitaria” nascente dalla prestazione difettosa dei medici di una struttura ospedaliera, imputati di non avere operato con la perizia dovuta nell'intervenire sull'esito di un infortunio subito da una paziente. Il giudice d'appello ha ritenuto di dover ridurre il risarcimento a carico del sanitario invocando il comportamento negligente della danneggiata⁵.

4. L'applicazione di una regola proporzionalistica quale quella dettata dall'art. 1227 è, a ben vedere, neutra rispetto ad un obiettivo di tutela del creditore/danneggiato. Il confronto con esperienze straniere mostra chiaramente che l'impostazione monistica può essere vista da taluno come espressione di favore verso il danneggiante – in quanto interamente esonerato da responsabilità per la presenza di un contributo anche minimo del danneggiato – ed l'adozione di una soluzione proporzionalistica può, alla stessa stregua, essere sentita come misura atta a riequilibrare una soluzione iniqua e sbilanciata a vantaggio del danneggiante. Per converso, assumendo come punto di partenza differenti premesse, altri interpretano come soluzione di favore per il danneggiante quella proporzionalistica, in quanto priva il soggetto lesa dell'integrale risarcimento al quale potrebbe astrattamente ambire. Per queste ragioni preferiamo non abbinare in modo fisso obiettivi di tutela e scelte tecniche. Si veda, in proposito, V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, cit., p. 125 ss.

5. App. Roma, 11.3. 2015, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1157 ss. L'infortunio consisteva nello “scuoimento” di un dito della mano prodotto da un anello mentre la vittima stessa maneggiava un cancello. Alla cattiva cura dei sanitari sono ascritti i postumi invalidanti dell'incidente. La sentenza si segnala anche per l'uso che in essa si fa di principi e regole giurisprudenziali in tema di nesso di causalità e responsabilità medica. Si riconosce, infatti, che il giudice di primo grado avesse condannato i sanitari in assenza di una vera prova

A nostro sommo avviso l'applicazione dell'istituto in questione al caso in esame è frutto di molteplici suggestioni ed altrettanti equivoci. In primo luogo sembrerebbe evidente che si faccia un uso problematico dei principi della causalità: l'evento fonte di responsabilità medica – se essa è riconducibile a responsabilità contrattuale – è l'inadempimento del professionista. Questo consiste allora nella inesatta prestazione di cura. Oppure, in presenza di responsabilità extracontrattuale, la medesima trova la propria fonte nel fatto dannoso, ancora una volta consistente in una condotta di cura⁶. Stando così le cose, il fatto della danneggiata/creditrice, per essere rilevante ai fini dell'art. 1227, dovrebbe avere contribuito alla causazione di *quell'evento*. Il che potrebbe avvenire, ad esempio, se la stessa, contravvenendo alle prescrizioni mediche, abbia trascurato o maltrattato la ferita, così da innescare un processo degenerativo che abbia compromesso in parte l'intervento nei suoi esiti⁷, oppure se la medesima abbia comunque tenuto comportamenti inappropriati connessi alla prestazione sanitaria e che abbiano influito sulla sua riuscita. La negligenza che è imputata alla paziente, al contrario, riguarda comportamenti anteriori al fatto dannoso/inadempimento e precisamente concerne la condotta che ha determinato l'infortunio e la lesione, connotata da una non definita negligenza. Tanto varrebbe dire che, se ci si rivolge al medico per una malattia da raffreddamento che degenera per complicazioni polmonari dovute alle carenze del trattamento, il medico vede il proprio obbligo risarcitorio (e la propria responsabilità, forse) ridotto dal fatto che il paziente non avesse indossato la maglia di lana, esponendosi con imprudenza ai rigori del clima.

Benché criticabile, non può darsi per certo che la decisione sia frutto di capricciosa fantasia, ma essa sembra piuttosto risentire, come si diceva, di suggestioni ed equivoci. Ed è proprio l'eco di tali suggestioni a renderla potenzialmente insidiosa. Essa sembra, innanzi tutto, richiamare alla mente l'idea - presente in dottrina e immanente nelle concezioni secondo le quali la norma svolge funzione preventiva - per cui il comportamento del creditore/danneggiato è anteriore all'evento, nell'ipotesi regolata dal primo comma del 1227 (che interessa il caso in esame) mentre è successivo nell'ipotesi regolata dal secondo comma⁸. L'idea in questione si lega, a propria volta, all'articolazione del nesso

del nesso eziologico tra la loro (ipotetica) negligenza-imperizia ed il danno subito dalla paziente. La decisione presa in appello serve allora a riequilibrare una soluzione fortemente squilibrata a favore del danneggiato. Ma il risultato è perseguito con una discutibile strumentalizzazione del concorso del fatto colposo del danneggiato, come meglio si dirà nel testo. A proposito del tema causale si veda D. M. FREDA, *Quel che resta dell'accertamento del nesso causale*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1161 ss.

6. L'alternativa tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale è prospettata dalla recente Legge 8 marzo 2017, n. 24 con particolare riguardo all'art. 7.

7. Esempio calzante, nei termini in cui è formulato, specialmente a proposito del secondo comma dell'art. 1227.

8. G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit., spec. p. 478 ss. L'illustre Autore afferma che l'art. 1227 svolge una funzione di prevenzione dei danni e che, pertanto, contribuisce al migliore funzionamento del sistema della responsabilità. In questo senso «l'autoresponsabilità costituisce un mezzo per indurre anche gli eventuali danneggiati a contribuire, insieme con gli eventuali responsabili, alla prevenzione dei danni che potrebbero

causale in due fasi o segmenti, la cui denominazione varia in dottrina, ma che attengono alla produzione dell'evento ed a quella delle conseguenze dannose, così da riflettersi nella articolazione del danno nei termini del danno evento e del danno conseguenza. Ora, pensare che un comportamento anteriore all'evento determini quest'ultimo, mentre un contegno successivo possa aggravarne le conseguenze rischia di essere semplicistico e fortemente equivoco se e nella misura in cui induce a pensare o ad affermare che tutte le condotte anteriori all'evento siano rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1227. Il presupposto dell'art. 1227 è costituito da un fatto del creditore/danneggiato consistente in un comportamento selezionato dalla legge sia in ragione della sua negligenza, sia in ragione del suo contributo all'evento dannoso /inadempimento. Se quest'ultimo è la cattiva esecuzione dell'intervento medico, l'attenzione del legislatore si appunta sulle condotte del lesa che vi abbiano contribuito, non su tutte le condotte che abbiano preceduto l'evento, sia pure fornendo occasione al suo avverarsi. La condotta imputata alla danneggiata, a prescindere dalla carenza di dimostrazione del suo carattere negligente, può anche aver fornito occasione all'intervento medico, ma non alla sua difettosità. E basti ricordare che la selezione degli eventi rilevanti, nell'art. 1227, è fatta dal legislatore.

Ma vi è di più: la suggestione alla quale ci si riferiva poc'anzi potrebbe essere esercitata dalla concezione secondo la quale il fondamento della norma in esame risiede – non nei principi della causalità, ma – nel principio di autoresponsabilità. Secondo la versione tradizionale di questa opinione, il creditore/danneggiato ha un onere di comportarsi secondo diligenza al fine di non danneggiare sé stesso e l'onere medesimo e la regola avrebbero lo scopo di prevenire gli eventi dannosi. L'art. 1227 fungerebbe, dunque, da norma strumentale al migliore funzionamento della responsabilità, contrattuale ed extra-contrattuale, in chiave di prevenzione. Le implicazioni di tale impostazione sono molteplici, ma l'ispirazione che essa sembrerebbe fornire al modello di decisione in commento è fondamentalmente illusoria.

Innanzitutto, l'idea di autoresponsabilità che la tesi in esame comunica è del tutto peculiare e strettamente legata a quella di responsabilità, rispetto alla quale occupa una posizione ancillare. Inoltre, ed anche se tale idea si accettasse, non se ne potrebbero trarre le conseguenze alle quali la decisione sembra pervenire. Comunque intesa, l'autoresponsabilità non comporta, e non può fondare, un generale onere di intervento sulla realtà che riesca a dirigere quest'ultima dove il sistema vuole. L'autoresponsabilità è cosa distinta dalla responsabilità, non è necessariamente connessa ad una fattispecie di responsabilità

colpirli. Come si diceva l'ordinamento non si preoccupa in generale di impedire che gli individui danneggino sé stessi, sebbene ciò possa nuocere anche alla società nel suo complesso; ma nelle ipotesi in cui la prevenzione viene imposta dalla legge agli estranei, si ritiene giusto ed opportuno che anche i titolari degli interessi minacciati contribuiscano al perseguimento del medesimo fine». A proposito del momento della condotta del danneggiato, anteriore o successivo all'evento dannoso, v. anche p. 492 ss.

(contrariamente a quanto affermato dall'opinione in commento), ma soprattutto, è essenzialmente legata al comportamento umano: essa esprime, infatti, il vincolo alla sopportazione delle conseguenze – in ipotesi, pregiudizievoli – del proprio comportamento. Ma quale sia il comportamento le cui conseguenze il suo autore deve sopportare, questo è oggetto di previsione nella norma, o lo si desume dal sistema, se si assegna all'autoresponsabilità medesima il ruolo di principio dell'ordinamento. Ora, e questo è il punto già accennato in precedenza, il comportamento del soggetto leso, preso in considerazione dall'art. 1227, comma primo, è quella condotta negligente che contribuisca a cagionare un altro fatto, anch'esso delineato dalla norma, ossia l'inadempimento del debitore o il fatto dannoso. Nella ininterrotta sequenza di fatti reali, la legge seleziona alcuni eventi rilevanti ed in tal modo, se non li sottrae propriamente al fluire delle cose, però li incapsula, attraverso la qualificazione giuridica che ne determina la rilevanza. I comportamenti che precedono nel tempo l'inadempimento o il fatto dannoso possono anche costituire antecedenti causali del medesimo, ma non può in alcun modo asserirsi che ogni circostanza funzionante come presupposto venga in considerazione ai fini dell'applicazione dell'art. 1227. Il fatto di avere tenuto un comportamento negligente (qualificazione, peraltro, più affermata che dimostrata) potrà anche essere un antecedente della prestazione medica, perché ha contribuito a causare l'infortunio, ma non può essere considerato un antecedente causale (o, più propriamente, una concausa) dell'inadempimento del medico e dell'inesattezza della sua prestazione⁹. Come si accennava, se così non fosse, vi sarebbe da domandarsi quanti infortunati o malati potrebbero ottenere un risarcimento integrale in caso di responsabilità medica. Ma soprattutto, se così non fosse, il legislatore sarebbe privato della propria funzione selettiva degli eventi, in un'ottica naturalistico/empirica e non normativa della causalità.

Perciò, l'uso che la decisione sembra fare dell'autoresponsabilità è fondato sull'illusione e – a nostro sommo avviso - intrinsecamente non corretto. L'erroneità, cioè, deriva proprio dalla distorsione dell'autoresponsabilità e non, come si potrebbe pensare, dal fatto di aver disatteso un necessario criterio di prossimità causale: il criterio di prossimità causale non è applicato, ma è smentito dall'art. 1227, che detta invece un'opposta regola di rilevanza delle concause, o almeno di quelle umane. Di conseguenza non si può ipotizzare che il difetto stia nell'attribuire rilievo a cause remote. Nel caso in esame, pertanto, l'aspetto di maggiore criticità è costituito dall'intreccio tra usi distorti di più principi, potenzialmente ricavabili dai risultati di dottrina e giurisprudenza: la sfasatura deriva dallo scivolamento di un ambiguo uso della causalità su un'immaginaria autoresponsabilità. L'esito non sta nell'attribuzione scorretta di una rilevanza ad una causa remota, ma nell'imposizione di un onere di prevenirla, il tutto omettendo di rilevare che il contegno

9. Analogamente D. M. FREIDA, *Quel che resta dell'accertamento del nesso causale*, cit., p. 1163.

definito «negligente» del danneggiato, anche se verosimilmente dotato di una qualche efficienza causale empirica, sarebbe semmai causa di un evento diverso da quello al quale il soggetto medesimo dovrebbe contribuire, in tal modo sovrapponendosi due serie causali distinte. Questo, a nostro sommo avviso, costituisce un travisamento applicativo dei principi della causalità, una premissione del ruolo del legislatore come fonte di qualificazione e scelta dei fatti rilevanti, uno sviamento, forse suggestivo, ma improprio dal principio di autoresponsabilità.

Se l'intento – peraltro trasparente – è quello di contenere una responsabilità medica ormai incontrollabile, lo strumento non può essere costituito da congegni giuridici strumentalmente usati per prevenire le occasioni di esercizio di quella disciplina, riducendo gli infortuni. L'art. 1227 non può senza danno essere strumentalizzato per realizzare un bilanciamento equitativo tra posizioni. In particolare – ammessa la sussistenza, peraltro incerta, del nesso causale tra condotta del danneggiante ed evento dannoso – non se ne può alleviare la posizione immaginando un, non provato e forse non sussistente, nesso causale tra condotta della vittima ed evento. A forza di porre a confronto causalità inconsistenti si torna inevitabilmente ad immaginare quei meccanismi compensativi che tanta suggestione esercitano sugli interpreti dell'art. 1227. Con l'aggiunta della circostanza aggravante per cui sembra che qui si pretenda di operare compensazioni tra entità puramente negative, tra assenze contrapposte di nessi causali. Il che non può che aumentare la generale perplessità.

La decisione non può porsi l'obiettivo di limitare l'esercizio dell'arte di Esculapio. Si tratta, invece, di riconsiderarne l'efficienza, operando sul piano giuridico ed extragiuridico, anche migliorando le condizioni nelle quali tale esercizio avviene. In merito a quest'ultimo piano non ci è consentito esprimerci; quanto al primo occorre invece rilevare che la disciplina di recentissima introduzione in tema di responsabilità medica non sembra per sé incidere in modo decisivo sul ruolo dell'art. 1227¹⁰. Impregiudicato il giudizio globale sulla sua rispondenza alle proprie funzioni, essa tuttavia non sposta i termini del problema dell'applicabilità del principio del concorso: la distribuzione tra ipotesi di responsabilità contrattuale e di responsabilità aquiliana non è di ostacolo all'operatività di un istituto che si ambienta in entrambe le aree. Pertanto il problema di un suo eventuale uso strumentale resta attuale e il fatto di rilevarne le criticità ne agevola, almeno così auspichiamo, il superamento.

3. La disapplicazione in funzione di tutela. Alcuni casi emblematici.

Altri dubbi sono ispirati da un intero filone multiplo di decisioni, eterogeneo nel contenuto, ma concernente casi risolti sempre con il ricorso ad argomentazioni simili.

10. Ci si riferisce alla L. 8 marzo 2017, n. 24 ed, in particolare, all'art. 7.

Porrei nella posizione di testa la giurisprudenza riguardante la responsabilità del datore di lavoro *ex art. 2087* per gli infortuni del dipendente. Secondo l'opinione maggioritaria, nei giudizi *ex art. 2087 c. c.*, il concorso del fatto colposo del dipendente (creditore), che contribuisce a provocare l'infortunio, non serve a ridurre la responsabilità del datore di lavoro e l'art. 1227 non è, pertanto, applicabile. La ragione di tale scelta disapplicativa risiede nella convinzione per la quale l'obbligazione del datore di lavoro è propriamente volta ad impedire che il lavoratore danneggi sé stesso, con la conseguenza che ammettere la riduzione della responsabilità per concorso del soggetto protetto sembra implicare una sorta di disattivazione dell'obbligazione medesima. Modi analoghi di argomentare sono riscontrabili anche altrove: ad esempio, in casi di responsabilità della casa di cura per tentato suicidio del paziente psichiatrico, posto che l'obbligazione della convenuta aveva ad oggetto le prestazioni idonee ad impedire atti di autolesionismo del paziente; in casi di responsabilità del vettore per danni subiti dal soggetto trasportato; in casi particolarmente significativi, infine, di responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario verso il cliente investitore. In questi ultimi casi, ad onor del vero e come meglio si dirà in seguito, la tendenziale posizione negativa è talora temperata dalla considerazione delle particolarità del comportamento del cliente/danneggiato.

L'ispirazione generalmente protettiva del soggetto leso (lavoratore, paziente, cliente ecc.) è tuttavia realizzata in modo, quanto meno, poco rassicurante¹¹. Infatti, il diniego di

11. L'osservazione contenuta nel testo non vuole essere una critica verso le decisioni della giurisprudenza di legittimità, quanto la presa d'atto di una conseguenza inevitabile. Appare utile il confronto tra due decisioni emesse a pochi giorni di distanza l'una dall'altra e che adottano soluzioni opposte, ma ispirate al medesimo principio. In entrambi i casi si trattava di mancato uso da parte del lavoratore di strumenti di protezione (occhiali protettivi); in entrambi, i predetti strumenti erano stati forniti dal datore di lavoro; tuttavia, in un caso si è ritenuto che il datore di lavoro avesse adempiuto la propria obbligazione, eseguendo i dovuti controlli sull'uso effettivo dei dispositivi protettivi e la condotta del lavoratore è apparsa anomala ed inopinabile; in un altro caso si è, al contrario, reputato che il datore di lavoro, oltre ad aver mantenuto in carente stato di manutenzione i propri strumenti, non avesse adeguatamente operato per accertarsi dell'uso effettivo dei dispositivi. Nel primo caso il lavoratore non ha ottenuto alcun risarcimento; nel secondo ha ottenuto il risarcimento intero. Le decisioni alle quali si fa riferimento sono: Cass., sez. lav., 11.4. 2013, n. 8861 e Cass., sez. lav., 16. 4. 2013, n. 9167. L'orientamento dominante è bene espresso anche da Cass., sez. IV, 24 settembre 2009, n. 37467. Inoltre Cass., sez. lav., 14. 10. 2016, n. 20807; Cass., sez. lav., 5. 12. 2016, n. 24804; Cass., 13. 2. 2012, n. 1994, significativa perché relativa ad un comportamento "negligente" del lavoratore, tenuto per obbedire ad istruzioni del datore di lavoro e perciò in qualche modo giustificato dal vincolo di subordinazione; Cass., sez. lav., 8. 4. 2002, n. 5024; Cass., 16. 7. 2002, n. 6993; Trib. Torre Annunziata, 2. 12. 2008, in *Giur. merito*, 2009, I, 62 ed altre. L'applicazione dell'art. 1227 è esclusa anche da Cass., 21. 2. 2017, n. 4438, ma per difetto di negligenza nella condotta del dipendente. Argomentazioni simili a quelle adottate in materia di lavoro, come si accenna nel testo, si riscontrano in casi di rapporto tra paziente e casa di cura per le lesioni che il paziente infligge a sé stesso: App. Torino, 28. 11. 2007. Il caso appena citato riveste un particolare interesse poiché la sua ipotetica generalizzazione ed estensione a casi privi delle peculiarità di esso, potrebbe costituire un ulteriore esempio di uso strumentale della fattispecie del concorso, in questo caso in funzione protettiva del soggetto leso ed attraverso la disapplicazione dell'art. 1227 (insomma, un procedimento inverso rispetto a quello esaminato nella prima parte del lavoro). In materia di violazione dell'art. 1681 si segnala, invece, una posizione più favorevole all'applicazione dell'art. 1227:

applicazione dell'art. 1227 si traduce nel ritorno ad una scelta monistica, ossia in un'alternativa tra tutto e niente – *all or nothing* - ove è decisivo il carattere imprevedibile, inopinabile, inevitabile della condotta del danneggiato protetto, tale da interrompere il nesso causale tra condotta del danneggiante ed evento. In altre parole, la soluzione preferita dalla Corte di cassazione, con il condivisibile intento di assicurare al lavoratore l'interezza del risarcimento, lo espone al rischio di non conseguire nulla ove il suo comportamento sia tale da imporsi come causa dell'evento. Il che costituisce applicazione di impostazioni che il legislatore italiano ha superato e che solo con una certa dose di arbitrio possono dirsi più favorevoli per il lavoratore. I risultati che ne derivano sono, infatti, contrastanti in termini di tutela e mostrano la tendenza a sfociare in decisioni diverse su ipotesi simili.

Anche in questi casi sembrerebbe giocare un ruolo importante, quanto meno implicitamente, l'idea di causalità¹². In definitiva, le affermazioni secondo le quali il risarcimento non può subire riduzione perché l'obbligazione del danneggiante è precisamente diretta ad evitare che il danneggiato faccia male a sé stesso, rivelano l'adesione (inconscia o consapevole?) ad un criterio di soluzione del problema basato sulla prossimità causale. Se così fosse, l'obbligo protettivo del datore di lavoro svolgerebbe il ruolo della *last clear chance to avoid the damage* subito dal lavoratore, mentre la condotta di costui lo renderebbe inevitabile. Con l'unica particolarità che, in questo caso, la *chance* sarebbe più propriamente un dovere. In tal modo ci pare di dover intendere il riferimento all'esistenza di cause che non sarebbero tra loro in rapporto di concorrenza, ma di gradualità – circostanza idonea ad escludere l'art. 1227 – ossia di cause delle quali l'una esclude necessariamente l'altra. Ma questo esito appare, né più né meno che quello sul quale si fondava la soluzione monistica¹³.

in proposito, da ultimo, Cass., 10. 1. 2017, n. 249. Per quanto riguarda il settore dei rapporti banca/cliente e simili, si veda *infra*.

12. Vi è da precisare che l'inadempimento dell'obbligazione del datore di lavoro, a rigore, non dovrebbe costituire la ragione che impedisce il ricorso all'art. 1227, ma un presupposto della sua operatività. La natura dell'obbligazione non adempiuta, ed i limiti della responsabilità rivestono sicuramente importanza, ma non può dirsi senz'altro che costituiscano impedimenti. In particolare, la circostanza che si tratti di responsabilità oggettiva, come è largamente riconosciuto, non ostacola l'applicazione della norma in questione.

13. È doveroso precisare che il riferimento alle cause in rapporto di gradualità e non di concorrenza è ricavato da un caso diverso da quelli esaminati nel testo, ma simile ad essi: si tratta della responsabilità dell'appaltatore per vizi del progetto fornito dal committente e dell'eventuale concorso di colpa tra i due. Autorevole dottrina afferma che le colpe in questione non sono concorrenti in quanto quella dell'appaltatore consiste proprio nel non aver posto riparo a quella del committente (D. RUBINO – G. IUDICA, *Appalto*, art. 1655 -1677, *Libro quarto: Obbligazioni*, quarta edizione, nel *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2007, p. 174 ss.). Altra dottrina si colloca, però, su posizioni opposte: vi è infatti chi rileva che, seguendo la precedente impostazione, l'art. 1227 sarebbe svuotato di contenuto e non potrebbe mai operare (P. CALICETI, *Il progettista e le sue responsabilità*, in AA. VV., *L'appalto privato*, Tratt. diretto da Costanza, Torino, 2000, p. 355 s.; V. CAREDDA, *Autonomia dell'appaltatore e ingerenza del committente*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di Luminoso, II edizione, Milano, 2016, p. 304 s.). Utile il cfr. con Cass., 22. 11. 2011, n. 19369, che applica l'art. 1227 all'appaltatore per non aver verificato preventivamente la *fattibilità del progetto* contribuendo così a causare il danno a sé stesso.

Il modello di decisione ora preso in considerazione si risolve perciò in una disapplicazione della regola sul concorso del fatto colposo del creditore/danneggiato che non sembra sorretta da appigli normativi sufficienti o del tutto convincenti. Una scelta così drastica di *all or nothing* appare inoltre come il frutto di una oggettivazione del lavoratore, quale mero destinatario di tutela, la cui condotta è pressoché equiparata all'evento naturale in quanto opera in modo simile alla forza maggiore. Ma la riduzione del soggetto leso ad oggetto non è in armonia con un sistema improntato all'autoresponsabilità e con una norma che dal funzionamento di esso non può prescindere.

Con questo non intendiamo asserire che le ipotesi in questione non si distinguano in nulla dalle altre, perché la loro particolarità è dimostrata proprio dall'esistenza di un dovere del debitore, diretto – qualunque sia la sua collocazione tecnico giuridica – alla protezione del creditore leso. Ci preme però porre in evidenza il fatto che l'azione combinata dei principi della causalità e dell'autoresponsabilità consente che l'applicazione dell'art. 1227 sia graduata. È legittimo pensare che l'operare dell'autoresponsabilità assuma diversa incisività a seconda dei caratteri del contegno del soggetto leso, a seconda, cioè, dell'intensità del criterio di imputazione del medesimo al suo autore. Se le cose stanno così, si può ipotizzare che la riduzione del risarcimento scatti solo in presenza di un più elevato grado di colpa, il che è come dire che il livello di autoprotezione del soggetto leso si abbassa per la presenza del concomitante dovere del datore di lavoro; non si può escludere poi che l'autoresponsabilità agisca in modo ancora più incisivo in presenza di dolo del danneggiato, ossia (per esprimersi in termini civilistici) di condotta volontaria accompagnata, quanto meno, da accettazione del rischio dell'evento, vale a dire, in presenza di dolo eventuale. Questo suggerimento vale altresì a spiegare le ragioni dell'affermazione, presente in giurisprudenza, secondo la quale il dovere del datore è tanto più esteso quanto è minore l'esperienza del dipendente, ossia quanto deve ritenersi minore il suo standard di autoprotezione.

È doveroso ammettere che l'impostazione da noi seguita è prettamente civilistica ed omette considerazioni ricavabili da punti di vista giuslavoristici. Non sembra, peraltro, che le più recenti acquisizioni del diritto del lavoro in questa materia smentiscano il precedente assunto. Anzi, l'idea secondo la quale il dovere di cui all'art. 2087 è imperniato sul rispetto della dignità umana come nucleo dei diritti inviolabili dell'uomo, semmai, corrobora la soluzione proposta¹⁴.

14. P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in *Il codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2008, spec. p. 43 ss. Nell'art. 2087 si individua, tuttora, il centro di irradiazione di una normativa antinfortunistica assai più vasta, nonché la fonte dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro. Oggi però la norma in questione deve essere riletta alla luce della complessa disciplina accennata. In materia per tutti L. MONTUSCHI, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in *La nuova sicurezza sul lavoro, d. lgs. 2008 n. 81 e successive modifiche, Commentario*, dir. da L. Montuschi, I, *Principi comuni* (a cura di C. Zoli), Bologna, 2011, p. 9 ss. ed ampia disamina in V. PORCU, *I modelli organizzativi e gestionali nella prospettiva del giuslavorista: verso una cultura di condivisione del sistema organizzativo*, Tesi di dottorato, XXVIII ciclo, Università degli Studi

4. L'applicazione graduata della norma.

Come si accennava all'inizio del precedente paragrafo, decisioni concernenti temi diversi adottano modelli di argomentazione analoghi. Costituisce terreno elettivo di osservazione il campo dei rapporti tra banca o intermediario finanziario, e cliente/investitore. La somiglianza tra i casi ora in esame ed i precedenti dipende dal fatto che la banca, qui nella sua posizione di debitore/danneggiante, è investita di doveri diretti alla protezione del cliente/creditore leso (ed anche qui, a prescindere da una rigorosa definizione degli stessi). La presenza di simili doveri ancora una volta si traduce in una preferenza per l'irrelevanza del concorso, che ne risulta occultato.

Il riferimento più evidente è costituito per precisione da ipotesi di responsabilità degli intermediari finanziari per indebita appropriazione di fondi del cliente, il quale abbia contribuito all'evento affidando il denaro al responsabile in modi non consentiti dalla normativa vigente¹⁵. Ciò che si dirà potrebbe, però, estendersi a casi simili, nei quali alla responsabilità dell'intermediario faccia riscontro una condotta negligente del cliente, della quale si possa ipotizzare la rilevanza ai fini dell'applicazione dell'art. 1227¹⁶. La Corte di cassazione ha avuto modo di prendere posizione in materia usando un'argomentazione a doppio binario: per un verso, la rilevanza del concorso è esclusa perché il comportamento del cliente non sarebbe idoneo ad interrompere il nesso causale tra atti dell'intermediario ed evento dannoso; per altro verso, la rilevanza medesima è esclusa in ragione dello scopo delle norme violate dal cliente. Sotto il primo aspetto, l'argomento ripropone la soluzione di *all or nothing*, o monista che dir si voglia (non riuscendo neppure ad ipotizzare un concorso di cause). Il secondo profilo torna sui doveri dell'intermediario e sul fatto che sono previsti ad esclusiva tutela del cliente, il che produce la conseguenza già osservata a proposito della violazione dell'art. 2087, ossia l'occultamento e la cancellazione dell'eventuale negligenza dell'investitore e della sua

di Sassari, Dipartimento di giurisprudenza, Scuola di dottorato in diritto ed economia dei sistemi produttivi.

15. Normativa che fa divieto all'intermediario di accettare denaro contante: specialmente: art. 21 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; art. 94 reg. Consob n. 11522/1998, ora in art. 108, reg. Consob, n. 16190/2007, con successivi aggiornamenti sino alla delibera n. 19548 del 17 marzo 2016. La giurisprudenza in questione: Cass., 7. 4. 2006, n. 8229, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1996; Cass., 24. 7. 2009, n. 17393; le precisazioni sulla posizione del cliente in Cass., 24. 5. 2012, n. 8236; Cass., 16. 11. 2011, n. 24004. Cfr., però, anche Cass., 19. 9. 2014, n. 19725, nella quale la rilevanza del concorso è accettata.

16. Per tutte, Cass., 29. 12. 2011, n. 29864; Cass., 27. 4. 2016, n. 8394, nella quale si affaccia un ulteriore argomento a supporto della negazione della rilevanza del concorso, ossia l'affidamento nella professionalità dell'intermediario, che non potrebbe essere bilanciato da un onere di informarsi autonomamente in capo al cliente. Analogo argomento si rinviene in diverse ipotesi, concernenti l'applicazione dell'art. 1227, comma secondo, e nelle quali acquista rilievo il rapporto tra assicurato ed ente previdenziale: Cass., sez. lav., 27.1. 2014, n. 1659; Cass., 19. 9. 2013, n. 21454; Cass., 25. 9. 2009, n. 20684 ed altre meno recenti. In dottrina la materia del rapporto tra intermediario finanziario e cliente in relazione al concorso del fatto colposo di costui è stata esaminata, in particolare, da S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il concorso di colpa nell'illecito civile*, Milano, 2012, p. 253 ss.

rilevanza causale (per quanto evidente possa essere). Sin qui niente di nuovo rispetto alla giurisprudenza in tema di infortunio sul lavoro.

La novità è costituita dal passaggio successivo, ove si ammette che la condotta del cliente possa rivestire una certa rilevanza ai fini che ci interessano quando riveli tratti di anomalia, di «fattiva acquiescenza», o addirittura di connivenza con l'intermediario. Una condotta con tali caratteri renderebbe il cliente «protagonista consapevole della violazione di norme»¹⁷ in modo da giustificare la riduzione del risarcimento in applicazione dell'art. 1227. L'intuizione del supremo collegio è certamente apprezzabile, specialmente nei risultati, e costituisce un rassicurante punto d'appoggio per quanto intendiamo esprimere.

L'intuizione merita però una spiegazione: la circostanza che certi caratteri di una condotta (grave discostamento dai modelli) creino un legame con l'art. 1227 non è ovvia, almeno se si rifiuta una generica logica sanzionatoria. La sua ragione riposa, invece, sul principio di autoresponsabilità correttamente inteso che, come più volte accennato, contribuisce a dare fondamento alla norma in questione. Come si anticipava a proposito delle violazioni dell'art. 2087, la presenza concorrente e concomitante dei doveri del danneggiante, tesi alla protezione del danneggiato, e dell'autoresponsabilità di quest'ultimo consente di graduare l'applicazione della norma senza escluderla; consente di fissare un grado di negligenza più elevato di quello ordinario come limite minimo di operatività, ossia di spostare su diverse altezze il livello dell'autoprotezione; consente di attribuire un ruolo di maggiore peso ai contributi causali del soggetto leso contrassegnati da alto grado di consapevolezza, di iniziativa operativa, di accettazione dei rischi connessi alla propria condotta. Il tutto in quanto è perfettamente ipotizzabile che l'autoresponsabilità operi in misura più o meno incisiva a seconda dell'intensità del legame che intercorre tra il comportamento ed il suo autore (criterio di imputazione)¹⁸.

5. Il ruolo della gravità della colpa.

È doveroso domandarsi se il riferimento alla gravità della colpa contenuto nell'art. 1227 possa contribuire a confermare la soluzione proposta. A prima vista si sarebbe tentati di limitare il ruolo del riferimento alla diminuzione del risarcimento «secondo la gravità della colpa»

17. Cass., 24. 5. 2012, n. 8236, cit.

18. Il comportamento volontario è caratterizzato da un legame con il proprio autore (imputazione) particolarmente intenso, che giustifica, come si accenna nel testo, un operare particolarmente incisivo dell'autoresponsabilità, intesa appunto come sopportazione delle conseguenze di quel comportamento. Non si può escludere che, almeno in presenza di circostanze particolari, il fatto di aver tenuto comportamenti simili arrivi a sovrapporsi alla rilevanza del concorso, escludendola in adesione al brocardo *volenti non fit iniuria*. Il problema eccede, tuttavia, di gran lunga, ciò che è consentito in queste pagine: basti dire che, se si adotta un linguaggio usuale nel campo della responsabilità, tale comportamento può essere descritto come fatto doloso del danneggiato (almeno in certi casi, nei quali vi sia l'accettazione del rischio dell'evento dannoso, circostanza che consente la qualifica in termini di dolo eventuale). Come si diceva il discorso non può essere sviluppato in questa sede (si fa affidamento sulla comprensione del lettore e si rinvia a V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore. Art. 1227*, cit., p. 65 ss.).

ad un momento meramente quantitativo e successivo alla definizione del *se* della riduzione. Nella giurisprudenza la distinzione tra giudizio sull'*an* e giudizio sul *quantum* è piuttosto comune, ma forse non è giustificata una netta cesura. In altre parole non è detto che gravità della colpa ed entità delle conseguenze derivate dalla condotta del danneggiato possano venire in considerazione solo in una fase distinta e successiva rispetto al chiarimento sul *se* del concorso ed ai soli fini della misura della riduzione. Vero è che gli accertamenti della sussistenza e dell'efficienza causale del contributo in esame sono premesse logiche della riduzione proporzionale del risarcimento, ma in una prospettiva di maggiore continuità tra le due predette fasi, la particolare gravità della colpa può fungere altresì da limite iniziale della rilevanza del concorso. Allo stesso modo, in linea del tutto teorica, potrebbe fungere da limite iniziale dell'applicabilità dell'art. 1227 anche una certa incidenza percentuale del contributo causale del soggetto leso al danno. L'osservazione delle esperienze straniere consente di rilevare l'esistenza di scelte normative riconducibili ad entrambi i casi¹⁹. Il tenore letterale dell'art. 1227, inoltre, non sembra essere di ostacolo all'interpretazione proposta. Infine, parlerebbe a favore dell'interpretazione stessa, il ruolo svolto dall'autoresponsabilità nel definire il fondamento della norma in questione, che conferisce all'applicazione di essa l'elasticità necessaria. Il processo valutativo che coinvolge la posizione di due soggetti e che conduce al giudizio, pur essendo articolato in vari passaggi logici, non si riduce alla sola misurazione quantitativa, ma è giudizio di attribuzione proporzionale di responsabilità (e, rispettivamente, di autoresponsabilità) e di questa il *quantum*²⁰ di danno risarcibile costituisce soltanto un riflesso.

19. Posta la tendenza alla diffusione della regola proporzionalistica a scapito della soluzione monista, diffusione ampia ma non generalizzata, occorre rilevare che non sempre la soluzione del concorso (con riduzione del risarcimento) è adottata, per così dire, allo stato puro. Ad esempio, e senza pretese di completezza, in alcuni Stati nordamericani si sceglie una *comparative negligence "modified"*, nella quale la riduzione scatta solo in presenza di un contributo causale del danneggiato la cui incidenza superi un dato livello percentuale nella determinazione del danno: A. P. BENEDETTI, *La colpa del danneggiato nell'illecito civile: un'analisi storico-comparata*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 564; U. VIOLANTE, *La responsabilità parziaria*, Napoli, 2004, p. 109 ss.; in generale a proposito di applicazione graduata (caso di bambini in tenera età) S. DEAKIN-A. JOHNSTON-B. MARKESINIS, in *Markesinis and Deakin's tort law*, Oxford New York, 2008, p. 898 ed altre. Oppure, e con impostazione diversa e, in certo senso, opposta, in Francia ed in materia di danni da circolazione di veicoli, la legge limita la rilevanza del concorso ai casi nei quali il danneggiato abbia agito con colpa grave o inescusabile: per tutti A. DUMERY, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, Paris, 2011, spec. p. 47 ss.; p. 251 ss.; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, II ed., in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, Paris, 1995, p. 59; S. SICA, *Circolazione stradale e responsabilità: l'esperienza francese ed italiana*, Napoli, 1990 ed altri. La legge alla quale si è fatto riferimento è la legge 5 luglio 1985, n. 677, nota come *loi Badinter*. Nel primo tra i casi citati il limite all'applicabilità si fonda sull'incidenza del contributo causale; nel secondo sulla gravità della colpa.

20. Ci permettiamo, nuovamente, di rimandare a V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, cit., p. 108 ss.

IL PRIVILEGIO INDUSTRIALE PER IL CREDITO AGEVOLATO (D.LGS. N. 1075 DEL 1947)

ANGELO CHIANALE
Prof. ordinario Università di Torino

SOMMARIO: 1. Il privilegio industriale per il credito agevolato. - 2. La vigenza della norma. - 3. L'oggetto del privilegio. - 4. Le formalità pubblicitarie per l'opponibilità ai terzi. - 5. Concorso con altre prelazioni.

1. Il privilegio industriale per il credito agevolato.

Tra gli strumenti di garanzia del credito bancario agevolato, principalmente erogato all'industria, si annovera il privilegio creato dall'art. 3 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato del 1° ottobre 1947, n. 1075, in sostituzione dell'art. 7 del d. lgs. lgt. 1 novembre 1944, n. 367:

“Salvo altre eventuali garanzie reali o personali, il credito derivante dal finanziamento, sia durante il periodo della anticipazione che del successivo consolidamento, ha privilegio sugli immobili, sugli impianti, sulle concessioni, comprese quelle minerarie (salvo i diritti spettanti allo Stato a norma delle leggi speciali) e su ogni loro pertinenza, sui brevetti di invenzione industriale, sui macchinari ed utensili dell'azienda finanziata, comunque destinati al suo funzionamento ed esercizio, nonché sulle somme dovute all'azienda stessa dallo Stato per il risarcimento dei danni di guerra.

Il suddetto privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni che sono oggetto di tale privilegio dopo la data della formalità di annotazione stabilita nei commi successivi. Esso è preferito ad ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per le spese di giustizia, ma non prevale sui diritti di prelazione derivanti da privilegi, pegni o ipoteche preesistenti alle annotazioni di cui ai successivi commi, i quali conservano la loro priorità rispetto al privilegio anzidetto.

Il privilegio di cui sopra sarà annotato, a richiesta dell'istituto o ente finanziatore e senza spesa (salvo gli emolumenti spettanti ai Conservatori dei registri) in apposito registro presso gli Uffici dei registri immobiliari e gli Uffici tavolari competenti, in relazione alla località in cui si trovano i beni e nel registro di cui all'art. 1524 del Codice civile presso il tribunale competente, sempre in relazione alla località in cui si trovano i beni.

Di detto privilegio sarà altresì dato avviso mediante inserzione nel Foglio degli annunci legali della provincia in cui sono situati i beni.

I suddetti annotamenti e pubblicazioni saranno effettuati anche presso gli uffici e nel Foglio degli annunci legali della circoscrizione nella quale ha la propria sede l'azienda mutuataria all'epoca della stipulazione del mutuo.

Il privilegio relativo ai brevetti per le invenzioni industriali sarà trascritto nel registro dei brevetti di cui all'art. 37 del regio decreto-legge 29 giugno 1939, n. 1127, e ai sensi dell'art. 66 del decreto medesimo.

Nel provvedimento di autorizzazione del finanziamento o con successiva determinazione del Ministro per il tesoro può essere consentito che il suddetto privilegio venga limitato a determinati beni o gruppi di beni dell'azienda, ovvero sostituito da altre garanzie reali. Queste garanzie si intendono costituite anche a favore dello Stato, per gli effetti di cui all'art. 9 del presente decreto.

Qualora nei confronti della stessa azienda siano fatte più annotazioni di privilegio ai sensi del presente articolo, l'ordine di priorità tra le rispettive ragioni è determinato dalla data delle annotazioni medesime. Per quanto concerne i crediti per danni di guerra della azienda finanziata verso lo Stato, l'ordine di priorità fra più ragioni assistite dal privilegio anzidetto è determinato dalla data di stipulazione dei rispettivi atti di finanziamento”.

La norma crea un privilegio speciale legale, non soggetto a specifica convenzione tra le parti per la sua nascita, ma assoggettato a varie formalità pubblicitarie per l'opponibilità ai terzi, come è consentito in via generale dall'art. 2745 c.c. Il testo della legge è inequivocabile sul punto, in quanto non viene mai menzionata una convenzione costitutiva della garanzia: *il credito... ha privilegio*. La differenza con la formulazione dell'art. 46 TUB è indicativa: quest'ultima norma dispone che la concessione di finanziamenti *può essere garantita da privilegio*; e che il privilegio *a pena di nullità deve risultare da atto scritto*. Anche la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata in tal senso, stabilendo la natura non convenzionale del privilegio creato dal citato art. 3¹.

Anche qualora il provvedimento amministrativo, che ammette al credito agevolato, dovesse consentire di limitare il privilegio a determinati beni o gruppi di beni (comma 8), non sarebbe necessaria una apposita convenzione per la nascita della garanzia. Infatti il privilegio sorgerebbe, in tali ipotesi, automaticamente per effetto della legge, ancorché con *relatio* al provvedimento amministrativo per la sua concreta estensione.

Questo privilegio nasce nell'immediato dopoguerra per garantire il credito agevolato erogato dall'Istituto Mobiliare Italiano alle imprese che hanno necessità di finanziamenti per la ricostruzione del tessuto produttivo². In seguito il privilegio in esame diviene il mo-

1. Cfr. Cass., 21 ottobre 1965, n. 2179, in *Foro it.*, 1966, I, 282 ss.; Cass., 25 maggio 1966, n. 1337, in *Foro it.*, 1966, I, 2029 ss.; parimenti v. App. Napoli, 31 luglio 1964, in *Foro it.*, 1964, I, p. 1855 ss. Contrari invece in dottrina: M. TONDO, *Sul privilegio speciale di credito industriale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1963, II, p. 584; G. RUISSI, A. PALERMO, C. PALERMO, *I privilegi*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fond. Bigiavi, Torino, 1980, 148 s.

2. Per precise e condivisibili riflessioni sulla storia del privilegio industriale nel panorama delle garanzie reali sui beni aziendali v. G. TUCCI, *Il particolarismo legislativo del privilegio industriale*, in *Foro it.*, 1980, I, p. 2528

dello adottato dal legislatore per nuovi diversi interventi nel credito agevolato, con le finalità più disparate: dai generici finanziamenti per l'acquisto di macchinari industriali, precursori dei finanziamenti c.d. Sabatini³, a quelli destinati all'industria siderurgica⁴; dai finanziamenti in caso di calamità naturali⁵, a quelli per la crescita produttiva del Mezzogiorno, previsti anche da varie leggi regionali a statuto speciale⁶; dai finanziamenti al commercio⁷, a quelli per la cooperazione⁸; sino ai più recenti finanziamenti per l'imprenditoria giovanile⁹, e per la autoimprenditorialità¹⁰, che costituiscono le ipotesi di maggior rilievo oggi in vigore.

2. La vigenza della norma.

Prima di tutto occorre verificare l'attuale vigenza dell'art. 3 citato, istitutivo del privilegio industriale in esame.

Nessuna abrogazione espressa ha colpito il d. lgs. n. 1075/1947. Esso non risulta tra le norme abrogate espressamente dall'art. 161 TUB. Anzi, esso si trova compreso tra le

ss.; il privilegio in esame è trattato, con varia profondità, in V. ANDRIOLI, *Il privilegio sugli incentivi dello Stato agli industriali e ai commercianti*, in *Scritti memoria A. Giuffrè*, Milano, 1967, II, p. 1 ss.; M. TONDO, *Sul privilegio speciale di credito industriale*, in *Banca borsa tit. cr.*, 1963, II, p. 582; G. RUISI, A. PALERMO, C. PALERMO, *op. cit.*, p. 148 ss. e p. 201 ss.; A. GALASSO, *Credito mobiliare industriale*, in *Noviss. Dig. it., App.*, II, Torino, 1981, p. 949 ss.; FISCHIONE, *Sulla pubblicità dei privilegi industriali*, in *Giur. mer.*, 1989, IV, p. 216; M. MIGLIETTA, F. PRANDI, *I privilegi*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fond. Bigiavi, Torino, 1995, p. 303 ss.; G. TUCCI, *I privilegi*, in *Tratt. dir. prin. Rescigno*, 19, 2° ed., Torino, 1997, p. 683 ss.

3. L. 18 aprile 1950, n. 258, abrogata dal d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 212; l. 27 ottobre 1950, n. 910, abrogata dal d.l. 25 giugno 2008, n. 112; l. 18 dicembre 1961, n. 1470, abrogata dall'art. 17, d.l. 14 gennaio 1965, n. 1, abrogata dal d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 212; l. 28 marzo 1968, n. 342, abrogata dall'art. 24, d.l. 25 giugno 2008, n. 112; l. 14 luglio 1969, n. 471, per acquisto all'estero di strumenti scientifici e beni strumentali di tecnologia avanzata, ancora in vigore.

4. L. 28 luglio 1950, n. 722, abrogata dal d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 212.

5. L. 21 agosto 1949, n. 638, per le anticipazioni a favore di imprese industriali (e commerciali ed artigiane ex d.l. 15 dicembre 1951, n. 1334) danneggiate o distrutte per pubbliche calamità, con interessi pagati dallo Stato, ancora in vigore; l. 4 novembre 1963, n. 1457, per la catastrofe del Vajont, ancora in vigore; d.l. 18 dicembre 1968, n. 1233, per le alluvioni del 1968.

6. L. 29 dicembre 1948, n. 1482, relativa all'industrializzazione dell'Italia meridionale ed insulare, per le operazioni di credito industriale in origine concesso dalle sezioni di credito industriale dei Banchi di Napoli, Sicilia e Sardegna, ancora in vigore; l. 11 aprile 1953, n. 298, abrogata dall'art. 161, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385. È particolarmente vivace la legislazione siciliana, tuttora applicabile, che adotta il privilegio del citato art. 3 per operazioni di credito agevolato su fondi regionali: ad esempio v. l. reg. Sicilia 4 agosto 1978, n. 26, art. 12, per credito al commercio e all'industria; l. reg. Sicilia 9 dicembre 1980, n. 127, art. 47, e 18 febbraio 1986, n. 7, art. 20, per credito a favore degli operatori del settore di cava dei materiali lapidei di pregio; l. reg. Sicilia 13 dicembre 1983, n. 119, art. 15, per mutui concessi ad imprese di commercio e industria.

7. L. 16 settembre 1960, n. 1016, abrogata dal d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 212; l. 10 ottobre 1975, n. 517, abrogata dall'art. 2 d.p.r. 15 dicembre 2000, n. 438.

8. L. 27 febbraio 1985, n. 49, abrogata dall'art. 17 della l. 7 agosto 1997, n. 266.

9. D.l. 30 dicembre 1985, n. 786, per l'imprenditorialità giovanile nel Mezzogiorno, ancora in vigore, ed estesa ai comuni montani dall'art. 67 della l. 27 dicembre 2002, n. 289; d.l. 31 gennaio 1995, n. 26, abrogato dal d.lgs. 21 aprile 2000, n. 185, art. 27.

10. D.lgs. 21 aprile 2000, n. 185, art. 4, in vigore.

disposizioni legislative statali pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, delle quali il d. lgs. 1° dicembre 2009, n. 179, ha dichiarato indispensabile la permanenza in vigore.

Neppure si è verificata un'abrogazione implicita della norma.

L'introduzione del privilegio speciale convenzionale sui beni mobili aziendali ad opera dell'art. 46 TUB ha portato all'abrogazione implicita (*ex art.* 161, comma 4, TUB) di tutti i privilegi previsti dalle leggi anteriori. Questa abrogazione implicita però non opera per il privilegio industriale in esame, in quanto esso ha un ambito applicativo speciale, essendo destinato a garantire il credito agevolato, disciplinato da specifiche norme di legge. Come ha ritenuto anche la Banca d'Italia, l'abrogazione implicita, a seguito del nuovo art. 46 TUB, ha colpito "tutti i privilegi contemplati dalla legislazione previgente e utilizzati a garanzia dei finanziamenti non agevolati"¹¹. E quindi il privilegio in esame, destinato appunto al credito agevolato, non è stato travolto e sostituito dal nuovo privilegio convenzionale, relativo all'ordinario credito alle imprese.

Inoltre l'abrogazione implicita è impedita dal diverso oggetto del privilegio *ex art.* 3 citato rispetto al privilegio *ex art.* 46 TUB (come si vedrà tra breve). In particolare, il privilegio in esame colpisce anche i beni immobili del soggetto finanziato e quindi non può venire abrogato da un privilegio di natura esclusivamente mobiliare (quello dell'art. 46 TUB), non verificandosi l'incompatibilità con la norma successiva. Nello specifico settore del credito minerario, si può aggiungere, trova attuazione l'art. 22 del r.d. 29 luglio 1927, n. 1443 (legge mineraria), che qualifica come beni immobili sia la concessione mineraria sia le pertinenze minerarie (quand'anche esse siano, per loro natura fisica, beni mobili), tanto di coltivazione quanto di arricchimento. Pertanto all'impresa mineraria il privilegio dell'art. 46 TUB non è mai applicabile e quindi non si è prodotta alcuna abrogazione implicita della precedente figura di privilegio¹².

3. L'oggetto del privilegio.

A sensi del citato art. 3 il finanziatore "ha privilegio sugli immobili, sugli impianti, sulle concessioni, comprese quelle minerarie (...) e su ogni loro pertinenza, sui brevetti di invenzione industriale, sui macchinari ed utensili dell'azienda finanziata, comunque destinati al suo funzionamento ed esercizio".

Tutti gli immobili dell'impresa, dovunque situati, sono gravati dal privilegio, non soltanto quelli per i quali sia eventualmente destinato il finanziamento: così l'ufficio in città è gravato dal privilegio, come il capannone nel quale si svolge l'attività industriale finan-

11. Così Banca d'Italia, Circ. 18 febbraio 1994, n. 43296, portante i chiarimenti sul Testo Unico.

12. La questione è risolta nello stesso senso da A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La riforma del credito minerario e il problema delle garanzie*, in *Bancaria*, n. 12/2002, p. 34 ss., ma soltanto per opere ed impianti destinati all'arricchimento del minerale, alle quali soltanto l'A. riferisce la natura immobiliare prevista dall'art. 22 l. min., e non per le pertinenze destinate alla coltivazione della miniera.

ziata. Nel caso di un'impresa mineraria (oggi la maggiore rilevanza dell'attività mineraria concerne l'estrazione di idrocarburi, lo stoccaggio di gas naturale, la coltivazione acque minerali o termali, la geotermia, piuttosto che la tradizionale estrazione di minerali metalliferi) opera la disposizione dell'art. 23 l. min., che qualifica come bene immobile sia la concessione mineraria sia i beni mobili pertinenti "comunque destinati al suo funzionamento ed esercizio".

Le concessioni amministrative per l'esercizio dell'attività di impresa (concessioni di derivazioni d'acqua; concessioni di uso di aree demaniali, ad esempio portuali, per le industrie marittime; concessioni minerarie; concessioni per l'esercizio di specifiche attività, ad esempio fabbricazione di armi) sono parimenti colpite dal privilegio, che quindi conferisce alla banca finanziatrice la prelazione per le somme eventualmente spettanti all'impresa concessionaria eseguita¹³. Ciò vale per l'ordinaria esecuzione forzata sull'intera azienda, alla quale la concessione afferisce. Parimenti vale in caso di subentro di un nuovo concessionario, che debba versare una indennità per ottenere il trasferimento della concessione amministrativa.

I beni mobili colpiti dal privilegio sono essenzialmente i macchinari, gli impianti e gli utensili utilizzati per l'attività produttiva. Essi non comprendono "materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, prodotti finiti, frutti, bestiame e merci", che invece sono ora compresi nel campo di applicazione del privilegio *ex art. 46 TUB*. È quindi comunque utile per la banca finanziatrice tutelare il proprio credito con entrambi i privilegi.

Occorre poi stabilire se siano colpiti dal privilegio in esame soltanto i beni esistenti al momento del finanziamento agevolato, ovvero anche quelli acquistati dal debitore successivamente.

Si afferma in genere che il privilegio colpisce beni mobili determinati, e che essi – in assenza di contratto costitutivo della garanzia – devono essere specificamente indicati e individuati nelle annotazioni pubblicitarie imposte dalla legge¹⁴. Ciò parrebbe limitare il privilegio ai beni esistenti al momento della sua nascita, in armonia con la tradizionale interpretazione statica delle garanzie reali. Si tratta però di una soluzione non più condivisibile vista l'evoluzione attuale del sistema delle garanzie mobiliari su beni aziendali.

Ritengo infatti preferibile l'opposta soluzione, che consente al privilegio di colpire anche beni acquistati successivamente dal debitore, salva la necessità delle formalità pubblicitarie per l'opponibilità prevista dall'art. 3 citato¹⁵. Due ordini di considerazioni generali e due dati testuali militano a favore di questa scelta interpretativa.

13. Cfr. Cass., 6 marzo 1991, n. 2345, in *Gjur. it.*, 1991, I, 1, p. 1361, con nota di TROIANO, che assoggetta al privilegio un diritto di utenza di energia elettrica, derivante dalla conversione di una originaria concessione di derivazione d'acqua per la produzione di energia elettrica, esistente al momento del finanziamento garantito.

14. Così Cass., 13 settembre 1983, n. 5546; non affronta la questione Cass., 16 giugno 1992, n. 7396 (v. *infra*).

15. Questa soluzione compare già in M. TONDO, *op. cit.*

Da un lato è chiaro che la garanzia grava sui beni dell'azienda "comunque destinati al suo funzionamento ed esercizio" (così l'art. 3 citato). Conseguendo alla natura di universalità dell'azienda la possibilità che i singoli elementi vengano a mutare nel tempo. Il riferimento normativo all'*esercizio* dell'attività di impresa introduce un elemento dinamico nella fattispecie delineata dalla legge speciale. La sostituzione dei beni aziendali, ad esempio, è normalmente ammessa in caso di pegno di azienda¹⁶.

D'altro lato le garanzie mobiliari hanno subito un'evoluzione relevantissima dal 1947 ad oggi. La norma in esame può essere interpretata e applicata alla luce delle innovazioni relative alle garanzie mobiliari sugli attivi aziendali, che riconoscono pienamente ormai il loro carattere rotativo (così il privilegio *ex* art. 46 TUB; il pegno non possessorio del d.l. 59/2016).

Sul piano testuale, poi, il comma 8 della norma consente di limitare il privilegio "a determinati beni o gruppi di beni dell'azienda": in questa norma la locuzione "gruppi di beni" non indica una pluralità di beni determinati (già compresa nel termine "determinati beni"), ma può denotare una categoria di beni (es. "i capannoni", escludendo gli uffici; oppure "le presse", escludendo altri macchinari), ovvero – come recita il d.l. 59/2016 per il pegno non possessorio – un genere merceologico di beni mobili. Una simile individuazione nel genere è idonea ad assicurare la variabilità nel tempo dei singoli beni colpiti.

Inoltre il comma 9 dispone che tra più privilegi relativi alla medesima azienda – non ai medesimi beni – prevale il primo in ordine temporale per formalità pubblicitaria: il che fa dedurre che non è tanto il singolo bene ad essere oggetto di pubblicità, ma l'insieme dei beni, immobili e mobili, destinati al funzionamento dell'azienda e che quindi ben può applicarsi il principio dell'assoggettamento alla garanzia dei beni che vengono successivamente inseriti dell'attivo aziendale.

Pare quindi coerente, sia con il testo della norma sia con i principi che si sono venuti affermando in tema di garanzie mobiliari, ritenere che sia colpito dal privilegio l'intero complesso aziendale, ed in particolare i beni – immobili, macchinari, impianti, utensili – che nel tempo vengono a sostituire quelli presenti al momento del finanziamento. Per le concessioni amministrative, ancora, è del tutto fisiologico che una concessione scaduta venga sostituita, come oggetto della garanzia, dalla nuova concessione eventualmente rilasciata al debitore. Sostanzialmente in favore della rotatività dell'oggetto del privilegio in esame si è anche mossa la Cassazione, ritenendo gravato dalla garanzia un diritto di utenza elettrica privilegiata derivante dalla conversione della concessione di derivazione d'acqua a favore dell'azienda, per la produzione di energia elettrica, esistente al momento del finanziamento assistito dal privilegio industriale¹⁷. Ne segue un corollario in tema di pubblicità del privilegio, per gli immobili e per i marchi e brevetti, che deve essere curata ogni volta che un nuovo bene viene a fare parte dell'azienda, come indicato nel par. seguente.

16. Cfr. per tutti E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, Torino, 2005, p. 163 ss.

17. Cass., 6 marzo 1991, n. 2345, cit.

Il privilegio industriale del d. lgs. n. 1075/1947 non colpisce invece i crediti dell'impresa, derivanti dall'esercizio dell'attività produttiva, diversamente da quanto disposto dall'art. 46 TUB ("crediti, anche futuri, derivanti dalla vendita dei beni" prodotti dall'impresa). Nuovamente emerge l'utilità per la banca creditrice di abbinare le due garanzie.

In definitiva, il privilegio ha natura ibrida, sia immobiliare sia mobiliare. Esso quindi, da un lato, ha un oggetto molto più ampio del privilegio tipicamente mobiliare ex art. 46 TUB, che non colpisce gli immobili, né i beni mobili registrati, né i marchi e i brevetti dell'impresa. D'altro lato il privilegio del d. lgs. n. 1075/1947 colpisce un insieme di beni mobili più ristretto (macchinari, impianti, utensili), con esclusione dei prodotti in lavorazione, che costituiscono il nucleo delle successive discipline delle garanzie mobiliari rotative.

4. Le formalità pubblicitarie per l'opponibilità ai terzi.

A sensi del citato art. 3, il privilegio è soggetto a pubblicità mediante "annotazione" nei registri immobiliari (o tavolari) e nel registro tenuto a sensi dell'art. 1524 c.c. presso il tribunale¹⁸, nonché per i brevetti presso l'attuale Ufficio Italiano Marchi e Brevetti. Il citato art. 3 prevede anche la pubblicazione di un avviso, relativo al privilegio, nel Foglio degli annunci legali: il FAL è stato abolito dall'art. 31 della legge di semplificazione 24 novembre 2000, n. 340, che vi ha sostituito la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica, stabilendo però che quando la pubblicazione sul FAL rappresenta soltanto uno degli strumenti di pubblicità, come nel caso del privilegio in esame, non è richiesta più alcuna pubblicazione.

La pubblicità nei registri immobiliari si eseguiva, in passato, mediante apposita formalità presa nel registro particolare degli annotamenti di privilegio. Dal 1986 essa si esegue mediante presentazione in conservatoria di una nota di iscrizione, a seguito della soppressione del precedente registro particolare degli annotamenti, confluito nell'ordinario registro delle iscrizioni¹⁹.

Le prime due forme di pubblicità si eseguono negli uffici competenti (conservatoria immobiliare e tribunale) in relazione sia alla località in cui si trovano i beni sia alla sede del soggetto finanziato al momento di stipulazione del mutuo (quindi la norma impone l'esecuzione di almeno ben *quattro* formalità).

Per comprendere l'attuazione della pubblicità prevista dalla legge occorre tenere presenti due punti fermi:

A) La nascita del privilegio industriale non è subordinata alla convenzione tra le parti; la sua opponibilità ai terzi è subordinata alle formalità pubblicitarie. Esso quindi assiste il

18. Per l'esame dell'art. 1524 c.c. v. F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, in *Cod. civ. comm. Schlesinger*, Milano, 1994, p. 311 ss.

19. Decreto Interministeriale 5 luglio 1986, in G.U. 24 luglio 1986, n. 170, in attuazione della legge 27 febbraio 1985, n. 52.

credito agevolato, dal momento in cui il soggetto finanziatore assume la veste di creditore per la restituzione del mutuo erogato. Ciò esclude la necessità della forma autentica, che non è richiesta per il finanziamento, e che non serve in quanto manca una specifica convenzione sulla garanzia, destinata alle prescritte formalità pubblicitarie.

B) L'art. 3 richiede le formalità pubblicitarie per rendere opponibile il privilegio a terzi, aventi causa o creditori con prelazione soggetta a pubblicità (es. ipoteche) o creditori pignoranti. Quindi viene messo in gioco l'usuale criterio di soluzione dei conflitti, fondato sull'ordine temporale delle formalità (per gli immobili v. art. 2644 c.c.).

Sulla scorta di queste precisazioni si possono risolvere varie questioni operative.

Intanto la trascrizione nella conservatoria dei registri immobiliari e nei registri di tribunale va effettuata mediante un'unica, identica, nota, nella quale sono indicati tutte le tipologie di beni colpiti, sia immobili sia mobili, in quanto si tratta di una pubblicità unitaria²⁰. Ne segue che ogni formalità deve essere eseguita anche in assenza della tipologia di beni, per la quale la formalità stessa viene usualmente presa: cioè si trascrive nelle conservatorie anche in assenza di immobili, e (ipotesi quasi impossibile, trattandosi di azienda industriale) nei registri del tribunale anche in assenza di beni mobili²¹.

Invece è richiesta, in base al 6 comma della norma, che li considera separatamente, una distinta nota di trascrizione per marchi e brevetti²². Ne segue la necessità di questa ulteriore formalità soltanto se il privilegio colpisce anche questa tipologia di beni immateriali; e la necessità di questa sola formalità, se il privilegio colpisce soltanto queste privative industriali (ipotesi parimenti quasi impossibile).

La pubblicità per gli immobili, come già detto, si esegue dal 1986 mediante presentazione in conservatoria di una nota di iscrizione. Trova quindi applicazione l'art. 2839 c.c., in quanto compatibile: la nota deve riportare i dati di creditore e debitore; il domicilio eletto dal creditore nella circoscrizione del tribunale in cui ha sede la conservatoria; l'indicazione del credito garantito, con interessi e annualità che il credito produce; il tempo dell'esigibilità; la natura dei beni colpiti con le usuali indicazioni previste dall'art. 2826 c.c. Non deve invece risultare dalla nota una somma di iscrizione, in quanto il privilegio in esame non prevede un limite massimo di importo garantito (come invece è disposto per l'ipoteca, e per il privilegio *ex art. 46 TUB*). Risulta applicabile all'iscrizione del privilegio industriale la durata ventennale della sua efficacia, con possibilità di rinnovazione, prima della scadenza, e di reinscrizione, dopo la scadenza del ventennio, secondo le usuali regole ipotecarie.

20. Così Cass., 16 giugno 1992, n. 7396, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1619, con nota di BONOFILIO, che decide anche per l'applicazione per analogia dell'art. 2674 c.c. al cancelliere di tribunale, il quale non può rifiutare di eseguire la trascrizione se i macchinari colpiti non sono indentificati, e sul piano processuale consente il ricorso in cassazione *ex art. 111 Cost.* contro il decreto del Presidente del tribunale, che abbia giudicato sul rifiuto del cancelliere di eseguire la trascrizione.

21. Diversamente, parrebbe, G. RUISI, A. PALERMO, C. PALERMO, *op. cit.*, p. 149.

22. Sempre Cass., 16 giugno 1992, n. 7396, cit.

Nel sistema tavolare l'art. 9 della legge generale sui libri fondiari, allegata r.d. 28 marzo 1929, n. 499, prevede le formalità di intavolazione e di prenotazione per "i privilegi, per i quali leggi speciali richiedano l'iscrizione nei registri immobiliari". Si applicano quindi le regole, in quanto compatibili, dettate per l'intavolazione delle ipoteche. In particolare valgono la regola del predecessore tavolare (art. 21), che impedisce l'intavolazione se il debitore non risulta dai libri fondiari titolare del diritto gravato dalla garanzia; e la regola sulle ipoteche simultanee (art. 15), che consente di collegare tra loro garanzie reali derivanti da un unico atto.

L'indicazione specifica degli immobili colpiti è necessaria, in quanto senza di essa non potrebbe operare il meccanismo di risoluzione dei conflitti, affidato dalla norma all'antiorità della formalità. Infatti la priorità temporale opera rispetto a due formalità relative al medesimo immobile.

La natura non convenzionale del privilegio industriale esclude la necessità di depositare un qualche titolo in conservatoria, e di farne menzione nella nota²³. Non esiste infatti alcun "titolo costitutivo" (così l'art. 2839 c.c.) della garanzia, che subito assiste *ex lege* il credito agevolato previsto dalla legge. Il deposito del titolo – cioè della convenzione che fa sorgere la garanzia – è obbligo ovvio per l'ipoteca volontaria, e vale soltanto per i privilegi convenzionali. La garanzia dell'art. 3 sfugge invece a tale struttura pattizia. La nota viene ad essere simile all'iscrizione in separazione, presa dai creditori ereditari sui beni del defunto a sensi dell'art. 518 c.c., che dispensa il creditore dall'esibire il titolo. Per il privilegio industriale si presenta la medesima situazione: il creditore afferma l'esistenza della propria causa di prelazione, salvo risarcire il danno in caso di formalità illegittima²⁴.

Identica soluzione vale per la trascrizione presso l'Ufficio Italiano Marchi e Brevetti, che produce il consueto effetto di opponibilità ai terzi, e viene regolata dagli artt. 137 ss. del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà intellettuale) sul modello della pubblicità immobiliare. Non si deposita alcun titolo costitutivo della garanzia (richiesto in generale dall'art. 138 CPI), ma è necessario indicare quali privative industriali sono colpite dalla garanzia.

Inoltre, qualora si aderisca all'interpretazione qui proposta, che consente la sostituzione dei beni aziendali oggetto della garanzia, occorre procedere a formalità successive in relazione ai nuovi immobili e alle nuove privative industriali, che entrano in

23. Diversa, ma errata, sembra essere la prassi delle conservatorie.

24. L'obbligo di depositare il titolo riemerge soltanto quando una legge speciale istituisce un privilegio convenzionale, richiamando l'art. 3 citato per le formalità pubblicitarie: così ad esempio per l'art. 15 della legge 11 aprile 1953, n. 298, per finanziamenti agevolati nel meridione concessi da taluni enti, per il quale le parti possono "convenire la costituzione di privilegi su impianti e macchinari, a norma del d.l. 1 ottobre 1947 n. 1075 e successive modifiche"; si tratta allora di un nuovo e diverso privilegio convenzionale, con *relatio* all'art. 3 citato per la pubblicità.

seguito a far parte del complesso aziendale. Le formalità successive, come già detto, non servono per far sorgere il privilegio, ma soltanto per renderlo opponibile ai terzi indicati dall'art. 3.

Diversamente occorre ragionare per la trascrizione presso i registri del tribunale, in relazione ai beni mobili colpiti dal privilegio. Occorre rammentare che la garanzia colpisce tutti i macchinari, gli impianti, gli utensili, destinati all'impresa; che non è prevista dalla legge alcuna specifica individuazione dei tali beni (diversamente invece l'art. 2762 c.c. per il privilegio del venditore o finanziatore di macchine richiede "l'esatta designazione della macchina soggetta al privilegio", e la l. 28 novembre 1965, n. 1329, c.d. legge Sabatini, che impone di apporre sulla macchina un contrassegno); che infine l'assoggettamento al privilegio riguarda tali mobili soltanto se esiste la effettiva destinazione aziendale (quindi non è gravato un macchinario acquistato, ma non utilizzato dal debitore). Da una simile struttura della garanzia deve seguire che la trascrizione non può individuare i singoli beni mobili, ma deve per forza essere generica.

La sostituibilità dei beni aziendali colpiti dal privilegio comporta che ciascun bene, dal momento in cui non è più destinato al funzionamento dell'azienda ed all'esercizio dell'impresa, è sottratto automaticamente dalla garanzia, come ammesso per il pegno di azienda²⁵. La sottrazione dal vincolo opera automaticamente e non è subordinata a formalità pubblicitarie. Quindi per i beni immobili e per i marchi e brevetti si può procedere alla cancellazione dell'iscrizione, con le medesime modalità previste per la cancellazione dell'ipoteca immobiliare e della garanzia su privative titolate²⁶. Per i beni mobili nulla è richiesto, non dovendosi fare alcuna specifica individuazione di essi nella trascrizione presso il tribunale. Qualora la cessazione del rapporto funzionale tra i beni gravati e l'attività d'impresa provochi un detrimento della garanzia, il creditore può invocare gli abituali rimedi previsti dagli artt. 1186 e 2743 c.c.

Questa interpretazione restringe quindi l'operatività del comma 2 dell'art. 3 citato, in quanto l'opponibilità della garanzia opera verso i terzi, sul presupposto che il bene abbia mantenuto la destinazione funzionale che giustifica l'esistenza del privilegio.

5. Concorso con altre prelazioni.

Il concorso con diritti di terzi deve essere esaminato distinguendo: a) il concorso con i creditori chirografari; b) il concorso con altri creditori privilegiati, il privilegio dei quali non sia però soggetto a formalità pubblicitarie; c) il concorso con terzi aventi causa e creditori con cause di prelazione soggette a formalità pubblicitarie; d) il concorso con creditori che eseguono il pignoramento.

25. Cfr. ancora E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 163 ss.

26. La cancellazione richiede pertanto il consenso del creditore, mediante atto autentico, oppure l'ordine contenuto in una sentenza passata in giudicato.

a) Rispetto ai creditori chirografari del debitore bisogna “distinguere tra esistenza ed efficacia del privilegio” industriale²⁷. Si tratta infatti di un privilegio legale non subordinato alla convenzione: il creditore è assistito da questo privilegio sin dal sorgere del credito, in presenza degli scopi richiesti dalle singole leggi di agevolazione, indipendentemente dal compimento delle formalità pubblicitarie previste dalla legge. L’alterazione della *par condicio creditorum* è subito determinata dalla causa del credito: il privilegio industriale è quindi opponibile ai creditori chirografari *ex se*. Ne segue che il piano di riparto, in sede di esecuzione forzata sui beni aziendali, deve tenere conto del privilegio stesso anche se manca l’esecuzione delle formalità previste dalla legge.

b) Per il concorso con altri privilegi l’art. 3 in esame pospone il privilegio industriale soltanto al privilegio per le spese di giustizia (artt. 2755 e 2770 c.c.). Dopo la riforma operata dalla l. 29 luglio 1975, n. 426, in forza della regola introdotta nell’art. 2777, 3 co., c.c., esso è anche posposto al privilegio generale per i crediti di lavoro, elencati dall’art. 2751 bis c.c.²⁸. In tal senso la novella del 1975 ha implicitamente modificato anche l’art. 3 in esame. Il privilegio industriale è pure posposto ai privilegi navali, che eventualmente concorrano con esso²⁹.

c) Diversa soluzione regola invece il concorso con i diritti di terzi aventi causa e creditori con cause di prelazione: acquirenti dei beni; creditori che iscrivono ipoteca giudiziale o volontaria. Qui il conflitto è risolto dal citato art. 3 utilizzando i criteri temporali legati alle formalità pubblicitarie. Rispetto ad aventi causa e creditori con prelazione resa

27. Così Cass., 21 ottobre 1965, n. 2179, cit.

28. Così da ultimo decide Cass., 7 giugno 2007, n. 13369, in *Fall.*, 2008, p. 800, con nota adesiva di Terenghi, *Impugnazione del piano di riparto e privilegio industriale*, in precedenza l’opposta soluzione è accolta da Cass., 6 dicembre 1984, n. 6428, in *Fall.*, 1985, II, p. 446. Cfr. poi anche le motivazioni di Trib. Vicenza, 9 febbraio 2012, in *Il caso.it* del 24-12-2012.

29. Il problema è sollevato da G. RUISI, A. PALERMO, C. PALERMO, *op. cit.*, p. 151; peraltro il concorso non è ipotizzabile con privilegi sulla nave, neppure se in costruzione, che è prodotto dell’industria nautica e non rientra quindi nell’oggetto previsto dal citato art. 3. In ogni caso può essere interessante ricordare che i privilegi navali e aeronautici sono anch’essi preferiti per legge ad ogni altro privilegio (artt. 548 e 1022 c.n.); che le norme dettate dal codice della navigazione hanno carattere autonomo e prevalente, come risulta dal testo dell’art. 2750 c.c.: il codice della navigazione “non è una legge speciale, ma un sistema normativo a sé stante e che regola autonomamente la priorità dei privilegi marittimi” (Cass., 15 novembre 1984, n. 5782, in *Dir. mar.*, 1985, p. 530); che tale articolo infatti contempla separatamente i privilegi navali e aeronautici, rispetto ai privilegi previsti da leggi speciali, e mentre assoggetta questi ultimi alle norme comuni, rimanda la regolamentazione dei primi al codice della navigazione (così Cass., 20 ottobre 1965, n. 2156, in *Foro it.*, 1966, I, p. 286 ss.); che quando una legge speciale dispone la priorità dei privilegi, da essa creati, rispetto ad ogni altro privilegio, tale priorità può incidere soltanto sull’ordine dettato dall’art. 2778 c.c., ma non ha l’effetto di modificare anche il codice della navigazione, restando salva la priorità assoluta di grado stabilita dall’art. 548 c.n. (per differenti ipotesi di concorso v. in tal senso Cass., 25 marzo 1966, n. 801, in *Dir. mar.*, 1966, p. 476; Cass., 7 ottobre 1968, n. 2400, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, p. 549 ss.; Cass., 11 novembre 1982 n. 5954, in *Giur. it.*, 1983, I, p. 1671 ss.; Cass., 11 novembre 1982, n. 5994, in *Foro it.*, 1983, I, p. 990, per il privilegio dei crediti di lavoro, pur dopo la riforma della l. 426/1975, posposto ai privilegi del c.n.). Quindi i privilegi navali ed aeronautici prevalgono sul privilegio speciale industriale in esame.

pubblica, il privilegio industriale “può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni che sono oggetto di tale privilegio dopo la data della formalità di annotazione”. Nei confronti dei terzi creditori esso “non prevale sui diritti di prelazione derivanti da privilegi, pegni o ipoteche preesistenti alle annotazioni... i quali conservano la loro priorità rispetto al privilegio anzidetto”. Occorre qui tenere conto del momento in cui sorge la prelazione per l'altro creditore. Il privilegio industriale quindi prevale rispetto ad altri privilegi iscrizionali con pubblicità successiva; prevale rispetto al pegno non possessorio del d.l. 56/2016, se questo risulta iscritto nel registro informatico tenuto presso l'Agenzia delle Entrate in data successiva; prevale sulle ipoteche iscritte successivamente.

d) Infine, rispetto ad altro creditore che inizi l'esecuzione forzata, oltre alla norma esaminata, opera la regola generale posta dall'art. 2916, n. 2, c.c., in astratto in grado di rovesciare l'ordine delle cause di prelazione fissato dalla legge. Il privilegio industriale non è opponibile ai creditori abbiano effettuato il pignoramento, se quest'ultimo è anteriore alla formalità pubblicitaria del privilegio industriale.

Alcuni profili specifici per il concorso con altre garanzie si pongono in caso di impresa mineraria (incluse le tipologie più recenti e frequenti di imprese industriali per la coltivazione delle acque minerali e termali). Intanto in questo settore non è ipotizzabile alcun privilegio mobiliare sulle pertinenze minerarie, in quanto si tratta di beni immobili per natura oppure di mobili divenuti beni immobili per destinazione *ex art. 22 l. min.* Sono invece ipotizzabili privilegi speciali immobiliari, che sono fatti salvi se “preesistenti” alle annotazioni predette: cioè la nascita del credito deve precedere le annotazioni prescritte dal citato art. 3; ovvero, nel caso di privilegi iscrizionali (ad esempio quello nascente da un preliminare di vendita di immobili trascritto, *ex art. 2775-bis c.c.*), la formalità pubblicitaria del privilegio industriale deve essere anteriore alle annotazioni disposte dall'art. 3. È ipotizzabile il concorso tra il privilegio industriale (che si è visto colpisce anche le “concessioni, comprese quelle minerarie” e le loro pertinenze) ed una ipoteca mineraria, che colpisce la concessione, qualificata per legge come bene immobile: la prevalenza è determinata in base alla anteriorità delle rispettive formalità.

Una questione interpretativa si pone per giudicare la anteriorità tra il privilegio industriale ed i diritti di terzi con esso confliggenti, siano essi aventi causa oppure creditori con altra prelazione. L'art. 3 risolve i conflitti in base *alle annotazioni* del privilegio in esame: ciò significa, in base al tenore letterale della norma, che questo privilegio dovrebbe prevalere sui diritti vantanti dal terzo, avente causa o creditore con altra prelazione, se *tutte* le quattro formalità sono state eseguite prima che sorga il conflitto con il terzo.

Questa interpretazione appare invero illogica e in contrasto con il sistema di soluzione dei conflitti in base alla trascrizione immobiliare, qualora il conflitto si ponga con un terzo che vanti un diritto soggetto a pubblicità immobiliare (acquirente di diritti reali

su immobili; creditore munito di privilegio speciale immobiliare soggetto a trascrizione; creditore ipotecario). In questo caso la struttura dei registri di pubblicità immobiliare induce a ritenere rilevante, e produttiva di effetti dichiarativi, soltanto la trascrizione nella conservatoria competente per la località in cui si trova l'immobile colpito, nella quale devono anche essere prese le formalità confliggenti da parte dei terzi. Dopo il 1986, come già visto, gli annotamenti di privilegio sono confluiti nell'ordinario registro delle iscrizioni e pertanto oggi l'antiorità è data dal numero di registro particolare. Con la conseguenza che le altre formalità relative al privilegio industriale (trascrizione nella conservatoria competente per la sede dell'impresa, e duplice trascrizione nei registri del tribunale) degradano a formalità soltanto con effetti di pubblicità notizia.

Ad identica conclusione si deve pervenire in caso di conflitto del privilegio industriale con una garanzia su marchi e brevetti: alla trascrizione presso il Registro Italiano Marchi e Brevetti la legge assegna effetti dichiarativi, ai fini dell'opponibilità ai terzi (artt. 138 ss. del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, c.p.i.)³⁰. Pertanto vanno degradate a formalità produttiva di semplice pubblicità-notizia le altre formalità previste dalla legge.

Forse meno sicura, ma senza dubbio da preferire, appare anche la soluzione per la trascrizione presso i registri del tribunale. In armonia con la disposizione dell'art. 2762 c.c. (privilegio su macchine) la formalità rilevante è quella presso il tribunale dove si trovano i beni, mentre le altre formalità hanno effetto di pubblicità notizia.

Pertanto, per gli immobili e per i mobili aziendali, situati in luoghi differenti e soggetti a diverse conservatorie e diversi tribunali, l'opponibilità del privilegio industriale deve dipendere esclusivamente dalla formalità compiuta nell'ufficio dove si trova il bene oggetto di conflitto.

Anche per l'opponibilità al fallimento del debitore sorge la medesima questione relativa alla pluralità di formalità pubblicitarie previste dal citato art. 3. Infatti trova applicazione l'art. 45 l. fall.³¹: il privilegio industriale esiste tra le parti, ma è inefficace rispetto alla massa dei creditori se al momento dell'iscrizione al registro delle imprese della sentenza di fallimento non sono state effettuate le formalità pubblicitarie previste dalla legge. L'art. 45 l. fall. menziona *le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi*, e quindi ritengo nuovamente rilevante soltanto la formalità che l'ordinamento predispone per il singolo bene: trascrizione presso la conservatoria dove si trova l'immobile; presso il registro del tribunale dove si trovano i beni; presso il Registro Italiano Marchi e Brevetti.

30. Per le garanzie su privative titolate su proprietà industriali v. A. CHIANALE, *L'ipoteca*, 3^a ed., Torino, 2017, pp. 216 ss.

31. Così ha deciso Cass., 21 ottobre 1965, n. 2179, cit.

PREMESSE STORICHE A UN'INDAGINE SULLA PUBBLICITÀ IMMOBILIARE

ALESSANDRO CIATTI CÀIMI
Prof. ordinario Università di Torino

SOMMARIO: 1. Il sistema del *nantissement*. – 2. L'insinuazione dei contratti e l'editto di Colbert. – 3. L'epoca rivoluzionaria, la codificazione napoleonica e la riforma del 1885. – 4. La pubblicità immobiliare nella codificazione italiana.

1. Il sistema del *nantissement*.

In epoca feudale, nel nord della Francia¹ e nel territorio corrispondente all'odierno Belgio, le alienazioni di beni feudali, censuali e in alcuni casi anche allodiali² (con varie eccezioni, a seconda delle differenti *coutume*, quando si fosse trattato di successioni a causa di morte³, di donazioni obnuziali e di divisioni⁴) erano subordinate all'osservanza di un particolare procedimento – detto *nantissement* – con il quale l'acquirente veniva investito del diritto da parte del giudice nel corso di un'udienza tenuta pubblicamente. Alle parti era anzitutto richiesto di esibire il titolo destinato a realizzare la vicenda traslativa – in forma autentica o giudizialmente accertata – e di dichiarare dettagliatamente l'estensione e i limiti al godimento dei fondi oggetto di vendita, permuta, donazione o ipoteca⁵. Successivamente, attraverso il *dévest* o la *déshéritance*, il dante causa doveva fittiziamente rinunciare al diritto, rimettendolo nella mani del giudice che contestualmente ne investiva l'avente causa, attraverso il *vest* o *adhéritance*⁶. Il tutto si concludeva con l'inserimento del processo verbale, cui era demandato di descrivere il compimento delle operazioni

1. Precisamente Picardie, Vermandois, Ponthieu, Cambrésis, Amiens, Péronne, Reims, Chaulny, Valois, Boulonnais; v. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire – Étude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, Paris, 1891, p. 57.

2. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954, p. 205 ss.

3. Talvolta si richiedeva tuttavia il *nantissement* all'erede in linea collaterale (art. 147 della *coutume* de Valenciennes e di Mons) e pure al legatario (art. 150 della *coutume* de Douai); *amplius* ancora BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, cit., p. 59.

4. V., ad esempio, la *coutume* di Cambrésis, tit. 14, art. 1: «Partage et division se peut faire entre cohéritiers des héritages, terres et rentes à eux échus par succession, soit par-devant notaires et témoins, ou autrement d'iment, sans qu'il soit requis le réaliser par oeuvres de loi par-devant les justices»; in senso analogo v. pure la *coutume* de la châtellenie di Lille (tit. 2, art. 59). Diversamente disponeva invece (ma si tratta a quanto ci risulta di un *unicum*) la *coutume* di Valenciennes, che prevedeva «pour engendrer réalité» che la divisione fosse compiuta «par-devant deux gens de loi, don lesdits biens sont mouvans».

5. Per ragguagli analitici sulle differenti *coutume*, v. MERLIN, v° *Devoirs de loi*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 3°, 4° éd., Paris, 1812, p. 666.

6. Per le indicazioni precise delle differenti discipline, v. ampiamente MERLIN, v° *Nantissement*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 8°, 4° éd., Paris, 1815, p. 457 ss.

predette, in appositi registri custoditi presso la cancelleria della corte, che erano pubblicamente accessibili⁷.

Il procedimento tratteggiato sommariamente sembrava quindi assolvere il compito di perfezionare la vicenda traslativa⁸, in qualche modo assumendo il ruolo svolto nei paesi di diritto scritto dalla *traditio*⁹. L'avente causa, in mancanza del *nantissement*, aveva la possibilità di esperire verso la controparte un'azione risarcitoria per inadempimento di un'obbligazione di *facere*¹⁰ e, quando avesse acquistato il possesso della cosa, poteva in ogni caso acquistare il diritto attraverso l'usucapione¹¹.

Va rilevato come, già secondo Dumoulin, il *nantissement* avrebbe assolto solamente la funzione di rendere l'alienazione opponibile ai terzi¹² di guisa che, in caso di alienazione di diritti riguardanti lo stesso fondo a una pluralità di aventi causa, avrebbe dovuto prevalere tra questi chi lo avesse compiuto per primo, anche in base a un titolo posteriore¹³. In alcuni casi, al primo acquirente si accordava allora un'azione revocatoria – «à peu près

7. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire – Étude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, Paris, 1891, p. 58 ; v. pure N. COVIELLO, *Della trascrizione*, rist. della 2ª ed. a cura di L. Coviello, Napoli-Torino, 1924, ora rist. Esi-2012, a cura nostra, I, p. 44. Il vassallo, che doveva alienare infatti il dominio utile ricevuto dal signore, doveva infatti rinunciare all'investitura, restituendo il possesso a quest'ultimo, che lo ri attribuiva all'acquirente con una nuova investitura; v. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 196.

8. L'art. 71 della coutume di Artois prevedeva, ad esempio, che «*Pour acquérir droit réel en aucun héritage soit à titre de don, achat, échange et autre aliénation, il est requis en faire appréhension de fait (...) en évoquant ceux à qui ce touche, par dessaisine et saisine fait par-devant les hommes et en la cour du seigneur dont tels héritages sont tenus, ou par mise de fait par la justice du seigneur ou autre souveraine et compétente, tenue et décrétée de droit. Autrement, sans appréhension par (...) mise de fait ou par dessaisine, et saisine, nul ne peut valablement ... transmettre ne transporter héritages de son chef en autre personne*». Si ha altresì notizia di una *Charte* del giugno 1284, l'imperatore Rodolfo condannava del resto l'uso, affermatosi a Cambrai di evitare l'udienza avanti lo scabinato (tutte le indicazioni sono state tratte da MERLIN, v° *Nantissement*, cit., p. 458 ss.).

9. Ce lo insegna Loysel che «*la dessaisine et saisine, faite en présence des notaires et des témoins, vaut et équipole à tradition, délivrance de possessions*»: *Les institutes coutumières, ou Manuel de plusieurs et diverses règles: sentences et proverbes tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, avec notes de Laurière, nuov. éd. par Dupin, Paris, 1846, liv. 5, tit. 4, règle 7.

10. MERLIN, v° *Nantissement*, cit., p. 462.

11. COGNIAUX, *Pratique du retrait et reprise des loix coutumes et usages de la province et comté de Hainaut*, cit., p. 92.

12. DUMOULIN, *Note sur la Coutume de Vermandois*, art. 119, cit. da MERLIN, v° *Nantissement*, cit., p. 460; il quale come J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, Venetiis, 1775, in Dig. 41, 1, n. 42, sembra ipotizzare la moderna ricostruzione che vuole, in assenza della trascrizione, realizzata la vicenda traslativa solamente *inter partes*. Simile lettura di quelle opere è stata ritenuta tuttavia sostanzialmente anacronistica da PROCÈS, *La transcription – Essai d'un aperçu historique des principe généraux*, Bruxelles, 1910, p. 87, conf. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 222 ss., secondo cui impostazione dovrebbe ritenersi acquisita definitivamente soltanto con la legge dell'11 brumaio anno VII di cui si dirà nel testo.

13. V. art. 28 coutume di Vermandois, art. 33 di quella di Chaulny e art. 166 di quella di Reims, riportate da MERLIN, v° *Nantissement*, loc. cit. e i rilievi critici, su questo punto, di PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu e Messineo, vol. I, t. 1, Milano, 1957, p. 151, nota 728.

comme on permet à un simple créancier chirographaire»¹⁴ – oppure si riteneva nulla l'alienazione posteriore in caso di malafede del secondo acquirente¹⁵.

La necessità di osservare il *nantissement* riguardava pure i contratti ipotecari: anzi il grado acquistato dal creditore garantito dipendeva dalla data di iscrizione nei registri pubblici delle corti. Persino là dove il *nantissement* trovavasi sostituito, per la costituzione del diritto d'ipoteca, dall'apposizione del sigillo baliatico sul titolo (come accadeva nella *châtellenie* di Lille) l'ipoteca veniva in ogni riportata su un registro tenuto presso la cancelleria, accessibile da chiunque¹⁶.

Il sistema del *nantissement* – istituito per affermare il controllo del signore feudale sui trasferimenti immobiliari – aveva correlativamente assunto un ruolo di assoluto rilievo nel rendere più sicuro il traffico giuridico immobiliare. Esso non riusciva tuttavia a mettere i contraenti al riparo dalle conseguenze infauste provocate dall'inefficacia totale o parziale del titolo destinato a produrre la vicenda traslativa.

Ciò accadeva invece quando l'alienazione veniva compiuta attraverso il procedimento detto di *appropriance* o *appropriement par trois bannies*, vigente in Bretagna (art. 269 della relativa *coutume*), che poneva l'avente causa al riparo da qualsiasi pretesa di terzi e per questo trovavasi gravato da una rigida concatenazione di adempimenti, scandito in differenti fasi¹⁷.

Più in dettaglio, nel procedimento di «insinuazione», il titolo doveva, a pena di nullità, essere registrato presso la cancelleria istituita presso le varie corti reali: chiunque poteva ispezionare quel registro ed estrarre copia dei titoli conservati, servendosi di una tavola alfabetica dei titolari¹⁸. In séguito, si doveva far luogo alla effettiva immissione dell'acquirente nel possesso della cosa oggetto mediato del diritto da trasferirgli (non era sufficiente a tal fine la *traditio symbolica*, come la consegna delle chiavi del fabbricato¹⁹): l'operazione doveva avvenire avanti uno (o più probabilmente due) notai che ne redigevano processo verbale. Entro i sei mesi successivi all'insinuazione, l'acquirente stesso doveva richiedere

14. Sono parole di MERLIN, v° *Nantissement*, cit., p. 459.

15. COGNIAUX, *Pratique du retrait et reprise des loix coutumes et usages de la province et comté de Hainaut*, Mons, 1743, p. 97.

16. V. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, cit., p. 61.

17. D'Argentré (*Sur la coutume de Bretagne*) definisce l'*appropriance*: «*Forma ex qua, civili quidem, sed ducto à gentium jure, dominium ab alio ad alium transit, et transfertur et proprium fit acquirentis quod alienum erat*», cit. da MERLIN, v° *Appropriance*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 1^{er}, 4^e éd., Paris, 1812, p. 309; sul sistema dell'*appropriance*, v. anche PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., vol. I, t. 1, p. 153 ss.

18. Un editto dell'agosto 1626 (congegnato per ovviare alle violazioni ripetutamente da uscieri e cancellieri infedeli) obbligava tra l'altro questi ultimi a rilegare in unico fascicolo i documenti ricevuti, facendo vistare e vidimare ogni volume dal giudice reale, a fare menzione sui titoli ricevuti del giorno in cui erano stati insinuati e del volume cui erano destinati, indicando il nome di coloro che materialmente vi avevano provveduto, annotando giorno per giorno il nome e il cognome di quanti avevano domandato l'insinuazione e del venditore. Egli doveva poi «*exhiber ces registres à tous ceux qui le requerront*» e rilasciarne copia «*aux acquéreurs, vendeurs et crédateurs qui le demandent, et même des contrats insinués, étant payée la grosse d'iceux, à raison de 6 sous par feuille de papiers*»; v. ampiamente MERLIN, v° *Appropriance*, cit., p. 313 ss.

19. MERLIN, v° *Appropriance*, cit., p. 316.

a un banditore (o *ameneur*) di procedere alle pubblicazioni (o *bannies*, appunto), «*par trois dimanches consécutifs, sans intervalle, incontinent après l'issue de la grand'messe, en la congrégation du peuple, aux lieux accoutumés*»²⁰. Finalmente, entro otto giorni dall'ultima pubblicazione, l'*ameneur* doveva giurare di aver provveduto ai bandi davanti al giudice. In questa fase, detta di certificazione dei bandi, anche se non lo si era testualmente previsto, nella prassi lo stesso giudice dichiarava allora trasferito all'acquirente il diritto che era in tal guisa alienato libero da ipoteche o diritti di terzi e assolutamente insensibile alle azioni proposte contro l'avente causa e destinate a dichiarare invalido o a risolvere il suo titolo di acquisto. L'assimilazione all'usucapione di tale modo di acquisto del diritto²¹ non era tuttavia piena: infatti, i terzi, che non si fossero opposti ritualmente al trasferimento prima dell'udienza prevista per la prestazione del giuramento da parte del banditore²², potevano far valere le proprie ragioni solamente attraverso una domanda di risarcimento del danno patito in seguito all'alienazione.

2. L'insinuazione dei contratti e l'editto di Colbert.

Là dove non vigevano i sistemi di cui si è detto, già verso la fine del secolo dodicesimo si assisteva a una progressiva assimilazione tra l'investitura feudale e la *traditio* romana (la quale non di rado veniva sostituita dalla stipulazione dell'atto in forma notarile). In tal guisa, gli atti destinati a produrre vicende traslative, aventi per oggetto mediato beni immobili, non erano in genere conoscibili dai terzi, a meno che non si fosse trattato di donazioni. In tali casi infatti – anche, e forse soprattutto, nei paesi di diritto scritto – se ne richiedeva infatti l'insinuazione, pervenuta in Gallia attraverso il *Codex Theodosianus*, non soltanto come forma di tutela delle parti, ma pure dei terzi e dei creditori che potevano essere pregiudicati da quell'atto²³. Questo veniva cioè ricopiato integralmente (o in altri casi sintetizzato analiticamente) in un registro tenuto dal cancelliere della corte regia (anche se i signori locali, per lucrare il compenso che veniva versato come remunerazione del servizio, pretendevano di sostituire le loro corti a quella reale²⁴).

A partire dal quindicesimo secolo, numerosi editti e numerose ordinanze regie – giustificate proprio dall'intento di prevenire frodi e manovre dolose contro terzi, ma in realtà dettate più che altro per accrescere il gettito dei tributi – presero a disciplinare analitica-

20. A un certo punto simile formalità venne sostituita dall'affissione, sempre ad opera dell'usciera, presso le parrocchie ove i beni alienati erano situati; v. MERLIN, v° *Appropriance*, loc. cit. e BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, cit., p. 64.

21. V. N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., p. 47.

22. Sulle opposizioni – che potevano essere esperite tanto in via giudiziale quanto in via stragiudiziale – v. *amplius* MERLIN, v° *Appropriance*, cit., p. 321 ss.

23. V. in questo senso il passo di Alciato, cit. da BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, cit., p. 68.

24. In proposito numerose ordinanze e dichiarazioni (del 1549, del 1707 e infine quella del 17 febbraio 1731, che trovasi riprodotta in BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, cit., p. 69) dovettero intervenire a ribadire la competenza esclusiva.

mente l'insinuazione e ad estendere l'obbligo di farvi ricorso. Un editto di Enrico II, del maggio 1553, la richiese per tutti i contratti «*de vente, échanges, cessions et transports, constitution de rentes et toutes autres obligations excédant 50 livres tournois*», ma un enunciato di portata tanto irragionevolmente estesa non poteva che rimanere lettera morta ed incontrare, come incontrò, la recisa opposizione dei parlamenti. Solamente con un editto di Luigi XIV del dicembre 1703, sempre con l'intento di accrescere le entrate tributarie²⁵, venne imposta con successo l'insinuazione per tutti gli atti «*traslatifs de propriété de biens immeubles, tenus en fiefs ou en censive, soit du roi ou des seigneurs particuliers*»: i notai vi dovevano provvedere personalmente entro quindici giorni dalla data della stipulazione. I registri erano pubblici e chiunque vi fosse interessato poteva prenderne visione ed estrarne copia.

Le donazioni non insinuate erano considerate inesistenti, anche se gli effetti della successiva insinuazione, che doveva avvenire entro quattro mesi dalla stipulazione, retroagivano sino a tale momento, travolgendo in questo modo gli effetti dell'atto stipulato dal donante con un terzo, che avesse acquistato fidando sulle risultanze dei registri. L'omessa insinuazione di ogni altro atto comportava solamente il pagamento di un'ammenda e il divieto di produrlo in giudizio.

Al di fuori delle regioni ove vigeva il *nantissement* o l'*appropriance*, il traffico giuridico immobiliare risultava quindi assai insicuro, specie se si considera che neppure le ipoteche – le quali potevano aver pure per oggetto la generalità dei beni immobili di un debitore²⁶ – erano sottoposte a un regime pubblicitario²⁷. Ai gravissimi inconvenienti si avviava con

25. L'insinuazione era soggetta infatti al pagamento «del centesimo del prezzo o del valore dei beni trasferiti»; scriveva LARNAUDE, *Étude sur la publicité des donations*, Thèse, Paris, 1876, rist. Kessinger, 2010, p. 124, che «il re, a corto di denaro, si era trovata una facile occasione per reperire risorse finanziarie». Sempre ispirata specialmente dal medesimo intento, un'ordinanza di Enrico III di giugno del 1581 obbligava i notai, i cancellieri e gli uscieri di giustizia a sottoporre tutti gli atti ricevuti al *contrôle*, al fine di renderli «veri ed autentici», prevenendone la falsificazioni di contenuto e di data. In mancanza agli atti era impedito di attribuire «privilegi, ipoteche, proprietà o altro diritto, azione, eccezione o esenzione». L'istituto aveva tuttavia ben poco a che vedere con la tutela dei terzi (che non potevano accedere ai registri relativi) e quindi con la pubblicità degli atti e si trattava piuttosto di un antenato della moderna imposta di registro: v. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, cit., p. 73 ss.

26. Ogni atto stipulato da notai, contenenti un'obbligazione pecuniaria, generava ad esempio ipoteca su tutti i beni dell'obbligato (lo stesso accadeva per le ipoteche giudiziarie, per quelle a favore di minori o di donne maritate), mentre esistevano poi una serie significativa di ipoteche tacite gravanti su singoli immobili, come quella dei condidenti, del legatario sui beni compresi nell'asse ereditario, quella del venditore sul bene alienato, e via enumerando; v. *amplius* MERLIN, v° *Hypothèque*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 14°, 5 éd., Bruxelles, 1826, p. 1 ss.

27. Viceversa, già nel 1316 la repubblica di Sassari aveva avviato un sistema di pubblicità delle ipoteche, mentre nella repubblica Serenissima, non soltanto gli atti di vendita dovevano essere trasmessi al procuratore di San Marco per essere pubblicate ma simile prescrizione valeva anche per i crediti assistiti da ipoteca; v. LUZZATI, *Della trascrizione, Commento teorico-pratico al Titolo XXII, Libro III del codice civile italiano*, vol. I, Torino, 1905, p. LXXV ss.

differenti congegni (come la purgazione²⁸ o le lettere di ratifica²⁹), che in qualche misura curavano il male arrecato all'ignaro acquirente piuttosto che prevenirlo.

Un editto di Colbert del 1673 aveva tentato di ovviare a tali inconvenienti, traendo ispirazione dal formidabile esempio del *nantissement*. Erasi quindi istituita presso la cancelleria di ogni baliatico o siniscalco un registro delle opposizioni dei creditori che vantavano diritti di ipoteca o privilegi contro un terzo: l'opponente era in tal guisa preferito a ogni altro creditore, anche quando fosse stato assistito da privilegio o quando il suo diritto fosse sorto anteriormente mentre chiunque poteva accedere ai registri ed estrarne copia. Il sistema era poi esteso all'acquisto dell'usufrutto, alla cessione dell'ipoteca, mentre la cessione di crediti, assistiti da quella garanzia, doveva essere menzionata in margine al titolo che vi dava origine. A parte il fatto che alcuni diritti di ipoteca non erano sottoposti al regime dell'opposizione, persisteva la regola della retroattività degli effetti di questa (se fosse stata eseguita entro quattro mesi dall'atto) con il conseguente pregiudizio per i terzi acquirenti e i terzi creditori. Soprattutto era significativo che non si fosse previsto alcunché per quanto concerneva la pubblicità degli atti con cui si intendeva trasferire la proprietà: ciò testimonia della diffidenza con la quale si percepiva ogni tentativo di introdurre meccanismi diretti a rendere conoscibili le vicende traslative. A quel geniale legislatore non sfuggiva infatti che sarebbe stato necessario «*établir des greffes pour enregistre tous les contrats & toutes les obligations: Ce seroit le moien d'empêcher que personne ne fut trompé*»³⁰.

28. Non possiamo qui occuparci ovviamente della questione; ricordiamo soltanto che l'istituto della purgazione, mediante giudizio alle grida, ebbe a svilupparsi in Francia sul modello di un decreto milanese del 1368 (di cui è menzione nell'*antiqua ducum Mediolani Decreta*, edita dal Bonetto nel 1654), che consentiva la vendita immobiliare con estinzione delle ipoteche. Il venditore annunciava per iscritto al vicario delle provvisioni del comune di Milano la sua intenzione di alienare, confermandola con giuramento. Si faceva poi luogo alla proclamazione della proposta al suono della tromba nei luoghi soliti del comune e pure *in contrata illius, qui vendere voluerit*. Chi pretendeva diritti sul bene aveva così un termine per farli valere e in mancanza il diritto si trasferiva libero all'acquirente, quando non fosse trascorso più di anno dalle proclamazioni; v

29. La lettera di ratifica – introdotta con un editto del 1771 e abolita dalla legge 11 brumaio dell'anno VII – consentiva al terzo acquirente di depositare il contratto presso il cancelliere; del deposito veniva data pubblicazione per due mesi. I creditori ipotecari dovevano entro quel termine proporre opposizione, iscrivendo in un registro apposito un atto contenente le indicazioni essenziali del loro diritto. In mancanza, il conservatore a cui l'opposizione stessa doveva essere proposta, attestava al cancelliere che il bene risultava libero. Diversamente, l'ipoteca produceva i suoi effetti contro il terzo dalla data dell'atto che la concedeva (e i conflitti tra più creditori che avessero ipoteca lo stesso bene venivano risolti in base all'antiorità dell'atto stesso). Quel sistema, oltre che assai farraginoso e costoso, non recava alcuna minima garanzia al terzo acquirente.

30. COLBERT, *Testament politique où L'on voit tout ce qui s'est passé sous le Règne de Louis le Grand, jusqu'en l'année 1864 (avec des Remarques sur le Gouvernement du Roiaume)*, Den Haag, 1694, p. 474 (abbiamo riprodotto l'edizione originale con l'imperfetta ortografia); Bigot-Préameneu, criticando in genere l'opportunità di introdurre un sistema pubblicitario in Francia ricordava comunque come si dubitasse già a quell'epoca dell'autenticità di quel passo; v. FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, t. 15^e, Paris, 1836, p. 231; al proposito Grenier – nel Rapporto al Tribunato del 26 ventoso anno XII – scriveva come quel testo costituisse in ogni caso «una pregevole memoria dei fatti accaduti in quel tempo, perché è certo che l'autore, il quale può esser un altro, e non Colbert, era contemporaneo di questo Ministro» (v. *Motivi, rapporti e discorsi del Codice civile di Napoleone il*

Ma furono ad impedirglielo «*les brigues du Parlement*», alimentate da un'aristocrazia in quel periodo ormai fortemente indebitata (e per questo poco propensa a far conoscere ai terzi la composizione del proprio patrimonio immobiliare) e da una magistratura troppo abituata ad osservare la tradizione del diritto scritto³¹: l'editto venne così revocato già nell'aprile del 1674³².

3. L'epoca rivoluzionaria, la codificazione napoleonica e la riforma del 1885.

Soppresso il sistema feudale e superate le preoccupazioni per la classe morente degli aristocratici, nel periodo rivoluzionario si gettarono le fondamenta del sistema di pubblicità immobiliare francese, che ci è stato trasmesso.

Un primo tentativo venne compiuto con il decreto del 9 messidoro dell'anno III ma venne indefinitamente sospeso, e quindi accantonato per sempre, già dalla legge del 26 frimaio dell'anno IV probabilmente perché troppo costoso e complicato per l'epoca³³. Vi si prevedeva che ogni proprietario d'immobili, se intendeva validamente alienarli o ipotecarli, avrebbe dovuto depositare alla Conservatoria delle ipoteche – cui era commesso un funzionario amministrativo, non più un magistrato³⁴ – una dichiarazione in triplo originale che ne recasse la consistenza, l'ubicazione e il valore, oltre ai dati identificativi del titolare medesimo. Uno degli originali sarebbe rimasto in deposito presso lo stesso ufficio e raccolto in un apposito registro – insieme con gli atti di alienazione, le rivendicazioni, le iscrizioni e le cancellazioni ipotecarie – un altro sarebbe stato restituito al dichiarante con la menzione del compimento della formalità mentre l'ultimo sarebbe stato inviato alla cancelleria del comune dove l'immobile si trovava.

Il sistema pubblicitario che si intendeva introdurre era perciò organizzato su base reale³⁵, anche se la mancata trascrizione del titolo traslativo (cioè l'omesso deposito alla conservatoria delle ipoteche) risultava privo di conseguenze, mentre le azioni reali, riguardanti il bene ipotecato con titolo depositato (o iscritto), erano inefficaci se l'atto con cui si promuovevano non fosse stato anteriormente depositato. Simile differente considerazione normativa si spiega probabilmente perché il legislatore si preoccupava di favorire l'accesso al credito fondiario piuttosto che rendere meno insicuro il traffico giuridico immobiliare.

Grande, nuova trad. it., Firenze, 1806, t. III, p. 676, nota 1).

31. LAURENT, *Principii di diritto civile*, prima trad. it., vol. XXIX, Milano, 1901, n° 25.

32. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, cit., p. 82.

33. Discusso è se questo sistema sia stato o non applicato effettivamente, sia pure per breve tempo: v. per le indicazioni N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., I, p. 53, nota 1.

34. Lo Stato con i suoi funzionari aveva così sostituito definitivamente il signore feudale con le sue corti; v. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 228.

35. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, cit., p. 87.

Ispirata invece espressamente a Colbert è la l. 11 brumaio dell'anno VII, i cui tratti essenziali sono pervenuti quasi intatti sino a noi. Si estendeva a tutto il territorio francese l'insieme di regole che, nel settembre 1790, avevano sostituito, nei paesi di *nantissement*, questo procedimento con la trascrizione³⁶ – cioè con la riproduzione letterale dell'atto destinato a realizzare il trasferimento della proprietà e degli altri diritti minori capaci di ipoteca³⁷ – in un registro apposito, tenuto presso l'ufficio del conservatore delle ipoteche. Sino a quando quell'incombente non fosse stato eseguito (come accadeva, si ricorderà anche per il *nantissement*), «*les actes translatifs (...) ne pouvait être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui seraient conformés aux dispositions de la présente loi*» (art. 26 della l. 11 brumaio). L'iscrizione dell'atto diretto a ipotecare un immobile (cioè l'analitica indicazione nel registro del fondo gravato, della somma garantita e dell'atto costitutivo), allo stesso modo, la rendeva esistente nei confronti dei terzi e attribuiva pertanto il grado di prelazione al creditore che l'aveva eseguita. Gli atti trascritti o iscritti venivano poi individuati sotto il nome dei differenti proprietari, creando cioè un sistema organizzato su base personale, più agevole da istituire e mantenere in un'epoca dove mancava la mappatura catastale dei terreni e dei fabbricati.

All'epoca dei lavori di codificazione, si pose anzitutto il problema di superare per le donazioni la coesistenza del procedimento di trascrizione con quello di insinuazione (che per altro valeva anche per quelle mobiliari). Quest'ultimo venne quindi soppresso, con la contrarietà di Tronchet e di Bigot-Prémeneu.

L'esito al quale si pervenne si rivelò alquanto singolare: durante i lavori di compilazione degli enunciati relativi all'ipoteca, fu infatti proposto (soprattutto da Treilhard e, con qualche esitazione, anche da Portalis³⁸) di mantenere, accanto all'iscrizione ipotecaria, anche la trascrizione degli atti traslativi, considerato che la prima formalità non poteva funzionare adeguatamente senza la seconda³⁹. Nuovamente vi si opposero Tronchet – che vedeva nella trascrizione un attentato al diritto di proprietà⁴⁰ e un meccanismo congegnato essenzialmente per tassare pesantemente le compravendite, quando il traffico giuridico poteva tranquillamente governarsi, a suo dire, con la buone fede «*seule pivot sur lequel roule le commerce entre les hommes*»⁴¹ – e Bigot-Prémeneu, per il quale la pubblicità ipotecaria costituiva «*une interdiction aux familles de garder le secret de leurs affaires*»⁴². Il Consiglio di

36. V. PROCÉS, *La transcription*, cit., p. 228; sbaglia quindi chi vorrebbe riconoscere alla trascrizione un'origine del tutto autonoma dal *nantissement*: in questo senso invece L. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in *Commentario del c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, 3ª ed., Bologna-Roma, p. 6.

37. Ne risultavano quindi escluse le servitù, l'uso, l'abitazione e l'anticresi.

38. *Recueil complet de travaux préparatoires*, cit., t. 15^e, p. 296.

39. *Recueil complet de travaux préparatoires*, cit., t. 15^e, p. 296 ss.

40. *Recueil complet de travaux préparatoires*, cit., t. 15^e, p. 387.

41. *Recueil complet de travaux préparatoires*, cit., t. 15^e, p. 288 ss.

42. *Recueil complet des travaux préparatoires*, cit., t. 15^e, p. 237.

stato ritenne tuttavia di rinviare ugualmente il testo al comitato legislativo ma, per ragioni che è impossibile chiarire (senza processare, come si suol dire, le intenzioni⁴³), nel testo definitivo non venne prevista la trascrizione degli atti traslativi in generale, salvo che per le donazioni e le sostituzioni fedecommissarie consentite oppure quando l'avente causa avesse inteso purgare l'ipoteca o farne valere l'estinzione per prescrizione decennale⁴⁴.

Due anni più tardi, nel testo originario del codice di procedura civile (all'art. 834, poi abrogato dalla riforma del 1855) – al fine di non veder sfumato il gettito tributario che derivava dalla pubblicità degli atti di alienazione – venne allora consentito ai creditori di iscrivere l'ipoteca volontaria contro il venditore entro i successivi quindici giorni dalla trascrizione dell'atto di vendita⁴⁵. Trovavasi in tal guisa in qualche misura vulnerata la portata forse ambiziosa della regola consensualistica enunciata all'art. 1583 *code civil*: nei quindici giorni successivi alla trascrizione dell'atto di alienazione immobiliare infatti il diritto in qualche modo resisteva in capo al dante causa, che poteva vederselo sottoporre a ipoteca. Proprio per evitare di versare le tasse di trascrizione, raramente i creditori si avvalsero tuttavia di quella facoltà, al punto che, sempre per le solite ragioni di incremento del gettito fiscale le quali accompagnano la storia del nostro istituto, si decise nel 1816 di rendere obbligatorio il pagamento di quel tributo, anche se non si fosse provveduto alla trascrizione.

Le reazioni contro le scelte compiute dai codificatori, già durante i Lavori preparatori criticate dai tribunali e dalla cassazione⁴⁶, si mossero soprattutto da quanti lamentavano i difetti del sistema ipotecario che ne derivavano e la conseguente inefficienza del credito fondiario⁴⁷. Solamente nel 1841 si avviò un'indagine presso la corte di cassazione, le corti d'appello e le facoltà giuridiche, a cui venne domandato di suggerire opportune modifiche al sistema ipotecario del codice napoleonico.

La schiacciante maggioranza delle opinioni espresse fu nel senso di ripristinare il sistema della legge di brumaio anno VII, anche se poi ci si divideva sull'opportunità di estendere quel sistema anche agli atti produttivi di vicende *mortis causa* e alla divisione e, in un caso – con ammirevole lungimiranza – si suggerì di utilizzare il catasto e il sistema particellare per dare pubblicità agli atti, prevedendo che la scheda catastale venisse depositata all'ufficio della conservatoria ove si sarebbe dovuto aprire un conto per ogni particella,

43. TROPLONG, *Commentaire des privilèges et hypothèques*, nouv. éd., t. I, Bruxelles, 1844, p. XVI, vi vedeva l'effetto di «un malentendu ou d'un escamotage».

44. Sull'evidente irrazionalità della scelta, per tutti v. LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., n° 7, il quale non esita a parlare di «deggerezza, ignoranza, cecità» dei compilatori del codice, il quale si intrattiene notevolmente sulla singolare vicenda al n° 29.

45. V. ampiamente GRENIER, *Trattato delle ipoteche*, nuova trad. it., Firenze, 1834, t. 2, p. 163 ss.

46. Lo riferiva RÉAL, criticando BIGOT-PRÉAMENEU; v. *Recueil complet des travaux préparatoires*, cit., t. 15°, p. 281 e aggiungeva che «aucun titre du Code n'a éprouvé d'aussi nombreuses, d'aussi violentes contradictions».

47. V. soprattutto LOREAU, *Du crédit foncier et des moyens de la fonder, ou, Création d'un système hypothécaire appuyé sur le cadastre, l'enregistrement des contrats, et le revenu imposable de la propriété, suivi d'un mode de transfert des créances sur hypothèque, analogue à celui des rentes sur l'état*, Paris, 1841.

che avrebbe recato il relativo numero di iscrizione. In tal modo, il numero della particella avrebbe consentito di accertare tutti i diritti reali su di essa insistenti⁴⁸.

I lavori pervennero, tra numerose traversie, alla legge 23 marzo 1855, che era di poco successiva a quella belga del 1851 (e riproduceva in larga misura le consuetudini di Hainaut⁴⁹ e Brabant: il Belgio era stato «il paese di *nantissement* per eccellenza»⁵⁰), la quale prevedeva però che gli atti non trascritti non potessero essere opposti ai terzi quando questi «avessero contratto senza frode»⁵¹. La legge francese non fu invece che una «timida parafrasi della legge di brumario»⁵², avente quale scopo essenziale quello di contribuire allo sviluppo del credito assistito da ipoteca, in un'epoca di grandi realizzazioni urbanistiche⁵³. Per renderli opponibili ai terzi, si stabilì la trascrizione degli atti traslativi di diritti reali capaci d'ipoteca, di servitù, anticresi, uso e abitazione, e delle sentenze che accertavano contratti verbali con analoghi effetti; di quelli con i quali vi si rinunciava, delle locazioni di durata superiore a diciotto anni e degli atti o sentenze contenenti liberazione o cessione di fitti non ancora scaduti per un termine maggiore di tre anni. Si mantenne finalmente il sistema del codice per ciò che riguardava le donazioni e non si fece menzione degli atti di acquisto *mortis causa* e degli atti a efficacia dichiarativa, come la divisione e la transazione (che divennero trascrivibili solamente grazie a una legge del 1935).

4. La pubblicità immobiliare nella codificazione italiana.

Nella prefazione al suo celebre editto per il riordino delle ipoteche del 27 agosto 1822, Carlo Felice di Savoia riconosceva che tra «gli ordini legislativi introdotti in questi Stati nella temporanea occupazione cui andarono soggetti, quello degli affatto nuovi fra noi, che lasciò non dubbio desiderio di sé, si fu lo stabilimento della pubblicità della ipoteche sopra gli stabili». Il sistema della clandestinità degli atti costitutivi di garanzie immobiliari venne invece mantenuto, sull'esempio del *code Napoléon*, non soltanto dal codice albertino, che superò l'editto evocato⁵⁴, ma anche nel Lombardo-Veneto (ove il sistema tavolare austriaco non venne introdotto), come nel regno delle due Sicilie sino al 1819 (e poi sostituito dal nuovo codice che comunque non vi apportò innovazioni di qualche rilievo⁵⁵) e

48. Si trattava dell'opinione espressa dalla Corte d'appello di Caen, v. riportata in BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, cit., p. 112.

49. Su cui, v. LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., vol. XXIX, n° 17.

50. N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., I, p. 57.

51. In Italia si ebbe modo di discutere se una regola simile dovesse desumersi nelle pieghe degli enunciati ma prevalse decisamente l'opinione contraria: v. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, dir. da Id. ed E. Gabrielli, I, Milanofiori-Assago, 2012, p. 31 ss.

52. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, cit., p. 121.

53. PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*, in *Traité de droit civil*, sous la dir. de Ghestin, Paris, 2000, n° 17.

54. Un sistema di pubblicità analogo alla trascrizione era stato tuttavia introdotto nello stato piemontese per i diritti di privativa industriale dalla l. 3731 del 1859, che richiedeva di «registrare presso il Ministero ogni atto di trasferimento» che li riguardasse; v. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 233.

55. Va tuttavia segnalato che, nel 1843, venne novellato l'art. 2081 di quel codice, prevedendo che tra più compratori dello stesso fondo dovesse prevalere chi lo avesse trascritto anteriormente.

nel ducato di Parma e Piacenza sino al 1820 (qui il nuovo codice impose invece, oltre alla pubblicità delle ipoteche, la trascrizione delle donazioni e anche delle compravendite, ma in tal caso soltanto al fine di purgare le ipoteche). Nello Stato Pontificio, mentre un *motu proprio* di Pio VII (poi revocato dal successore Leone XII) aveva imposto la pubblicità per tutti i privilegi e le ipoteche, Gregorio XVI, nel 1834, impose finalmente la trascrizione di tutti gli atti tra vivi (comprese le donazioni) diretti ad alienare o diminuire il diritto di proprietà (*Regolamento legislativo per gli Stati pontifici*). A questo si ispirò, sostanzialmente riproducendolo, il Codice per gli Stati estensi del 25 ottobre 1851 (v. artt. da 2103 a 2113), ove era pure prevista la trascrizione degli atti dichiarativi, ad esclusione però della divisione. Previsioni simili vennero introdotte pure nel codice pel ducato di Modena del 1852.

La prima codificazione italiana unitaria non poté quindi che rifarsi ai modelli ormai noti e sperimentati variamente dalla pratica, che avevano sostanzialmente anticipato la riforma francese del 1855⁵⁶. Si trattava del resto di un sistema assai meno costoso e complicato dal punto di vista organizzativo di quello tedesco del *Grundbuch*, perché richiede semplicemente di raccogliere in maniera sistematica tutti gli atti ricevuti dal Conservatore con un dispendio cioè di energie, da parte dell'amministrazione, tutto sommato abbastanza modesto. Soprattutto per questo esso aveva dato quindi buona prova di sé: seppure quindi – come è stato detto autorevolmente – «il sistema della trascrizione è il meno rispondente all'ideale della pubblicità, il più imperfetto»⁵⁷, lo si è mantenuto anche nella codificazione vigente, pur con significativi miglioramenti (in qualche caso anticipato dalla legislazione fiscale di inizio secolo e conglobati nel T.U. 30 dicembre 1923, n. 3272⁵⁸).

Una riforma della pubblicità immobiliare, diretta a sostituirla con un sistema analogo a quello dei libri fondiari tedeschi, avrebbe infatti richiesto, per poter essere attuata, un'esatta conoscenza dell'esistenza e precisa consistenza, ubicazione e condizione giuridica, di ciascun bene immobile, analoga a quella che già esisteva in Germania all'epoca in cui il sistema del *Grundbuch* venne introdotto. All'uopo non poteva soccorrere il sistema catastale vigente all'epoca della prima come della seconda codificazione unitaria nostrana, il quale non era e non è tuttora preordinato ad assolvere funzione pubblicitarie in senso proprio, avendo piuttosto la funzione di ripartire in maniera equa l'imposizione tributaria sugli immobili⁵⁹. Esso fornisce senza ombra di dubbio argomenti di prova, non di rado

56. Soltanto in Toscana vigeva un sistema pubblicitario – introdotto con un *motu proprio* del 1836 – basato sui registri censuari, che attribuiva alla voltura catastale gli effetti della trascrizione per quanto riguardava tuttavia solamente le ipoteche e i privilegi; v. LUZZATI, *Della trascrizione*, vol. I, cit., p. CVII e N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., I, p. 66.

57. N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., I, p. 123.

58. La ricorda anche la *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, n. 1055; in argomento v. L. COVIELLO sr., *La trascrizione ordinata dalla legge sulle tasse ipotecarie, in relazione al codice civile vigente e al progetto di riforma*, in *Foro it.*, 1938, IV, c. 1 ss.

59. Per tutti, anche per la ricostruzione storica, v. la classica opera di EINAUDI, *La terra e l'imposta*, Milano,

preziosi, per quanto concerne diversi elementi riguardanti i fondi, come la titolarità, l'estensione, i confini, i tipi di colture e le destinazioni produttive⁶⁰. Le indicazioni che ivi si rinvenivano devono comunque esser sottoposte all'accertamento compiuto in contraddittorio tra coloro che assumono di essere titolari della proprietà o di un altro diritto reale davanti al giudice, cui viene demandato di accertare tanto i profili della titolarità dei diritti quanto l'estensione dell'oggetto del diritto stesso.

La *Relazione ministeriale al Codice Civile*⁶¹ non esita del resto a riconoscere come «unanime l'opinione che non fosse neppure pensabile allo stato attuale delle cose adottare presso di noi un sistema analogo a quello germanico, che presuppone una perfetta organizzazione dei libri fondiari, senza la quale diventa una pericolosa insidia per la proprietà»⁶². Piuttosto si era seriamente presa in considerazione l'idea di estendere a tutto il territorio nazionale il sistema austriaco dell'intavolazione, vigente nei territori annessi al termine della prima guerra mondiale (v. r.d. 28 marzo 1929, n. 499⁶³) e ivi mantenuto proprio in vista di una futura generale adozione⁶⁴.

1924 (ora rist. Torino, 1974); al catasto è infatti demandato di «accertare le proprietà immobiliari e di tenerne in evidenza le mutazioni» (secondo quanto prevede l'art. 1 del r.d. 8 ottobre 1931, n. 1572, che approva il Testo unico delle leggi sul nuovo catasto, riproducendo l'art. 1, l. 1° marzo 1886, n. 3682, serie III).

60. Lo indica in maniera, a nostro giudizio, esemplare l'art. 950, comma 3° c.c., laddove richiede al giudice di attenersi alle risultanze catastali soltanto quando manchino altri elementi di prova, in ciò facendo ben intendere quanto lontana sia per noi l'idea di un catasto con efficacia probatoria: si richiede cioè al giudice (e non alle risultanze catastali di stabilire ove passi la linea di confine) e gli si richiede di fidare su questo ultime soltanto in assenza di qualsiasi altro elemento probatorio: v., da ultima, Cass., 18 luglio 2013, n. 17644, in *Guida dir.*, 2013, p. 41, p. 76.

61. N. 1055.

62. L'adozione di un sistema pubblicitario basato su un libro fondiario a fogli reali, tali che ciascuno di essi avrebbe dovuto individuare un immobile con ogni modifica apportatavi quanto alla titolarità del diritto dominicale e di tutti quelli minori, comprese le garanzie trovavasi nel progetto Gianturco, presentato alla Camera nella seduta del 9 febbraio 1905, (su cui v. VENEZIAN, *La riforma della trascrizione nel disegno di legge per lo sgravio del debito ipotecario*, in *La temi*, 1905, p. 153 ss. e L. COVIELLO *sen.*, *Osservazioni sulla riforma della pubblicità immobiliare*, in *Temi siciliana*, 1905, p. 9 ss. Quel progetto venne poi stralciato per confluire nel disegno di legge intitolato «Disposizioni sulla pubblicità dei diritti immobiliari» e ripreso ancora nel progetto Scialoja del 1910, su cui v. VENEZIAN, *Il disegno di legge Scialoja sulla trascrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 509 ss.

63. Si tratta delle attuali province di Trieste, Gorizia, Trento, Bolzano, di alcuni comuni della provincia di Udine (Aiello del Friuli, Aquileia, Campolongo al Torre, Cervignano del Friuli, Chiopris-Viscone, Fiumicello, Malborghetto-Valbruna, Pontebba, Ruda, San Vito al Torre, Tapogliano, Tarvisio, Terzo di Aquileia, Villa Vicentina e Visco) del comune di Pedemonte (Provincia di Vicenza), dei comuni di Magasa e Valvestino (Provincia di Brescia) e di tre comuni della Provincia di Belluno (Cortina d'Ampezzo, Colle Santa Lucia e Livinallongo del Col di Lana); in argomento, v. G. GABRIELLI e TOMMASEO, *Commentario alla legge tavolare*, 2° ed., Milano, 1999, nonché ora G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, Assago, 2012, p. 179 ss. e di recente BASSI, *Manuale di diritto tavolare*, Milano, 2013.

64. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 180 ss., il quale ricorda come simile coesistenza sia pure presente in Francia giacché, in Alsazia e Lorena, la l. 1 giugno 1924 ha mantenuto alcune regole del sistema tedesco vigente sino alla fine della prima guerra mondiale con adattamenti assai significativi, tali in qualche misura da averlo stravolto. I Libri fondiari vengono infatti colà conservati a cura di un magistrato cui compete un controllo sulla iscrivibilità dei diritti, sulle forme degli atti da pubblicarvi, sulla capacità delle parti ed eventualmente sulla sussistenza del potere rappresentativo di queste, come pure sull'osservanza della regola di relatività degli

Si trattava tuttavia di sbarazzarsi – quanto meno per i diritti reali aventi per oggetto mediato cose immobili – dell’ingombrante fardello ideologico della regola consensualistica, come lo stesso Nicola Coviello aveva suggerito⁶⁵. Questa volta all’amministrazione delle Conservatorie non si doveva chiedere uno sforzo organizzativo assolutamente insopportabile. Da un lato infatti gli effetti prodotti dall’intavolazione potevano infatti essere comunque eliminati da un accertamento giudiziale quanto all’inesistenza o all’invalidità del titolo che l’aveva realizzata, mentre dall’altro si ammetteva in ogni caso a chi avesse posseduto l’immobile di acquistarlo attraverso l’usucapione.

Il timore che l’adozione del sistema austriaco «specie nei primi anni, avrebbe portato seri turbamenti al regime della proprietà immobiliare», di cui parla la Relazione⁶⁶, risulta pertanto giustificato forse solamente in parte. Il progetto presentato alla sottocommissione in sede di riforma del codice vigente, di cui era relatore Leonardo Coviello *sr.*, venne comunque accantonato⁶⁷ e si scelse in sostanza di mutare l’esistente il meno possibile, mantenendo l’attuale duplice sistema pubblicitario vigente sul territorio nazionale.

effetti prodotti. Il Libro ha tuttavia un’organizzazione a carattere rigorosamente personale, mentre gli effetti della pubblicità si rivelano assai particolari: una volta compiuta la formalità, l’atto o la decisione giudiziaria sarà opponibile ai terzi (ma la vicenda traslativa del diritto dipende comunque dall’atto e non dal compimento della formalità, che neppure sana i vizi eventualmente sussistenti nel titolo). La pubblicità fa tuttavia presumere la sussistenza del diritto, salvo prova contraria. V. ampiamente LOTZ, *Droit civil alsacien-lorrain*, Paris, 1977, n° 76 ss.

65. N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., I, p. 196; giustamente si è scritto, ancora di recente, come la stessa categoria del contratto con effetti traslativi costituisca «una forzatura o comunque [sia] frutto di una astratta scelta dogmatica del legislatore che ha preteso di fondere in un unico atto due diverse fasi (...) le quali storicamente sono sempre state, almeno sul piano dei principi, bensì collegate, ma pur sempre distinte»: GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 7.

66. *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, n. cit.; per GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., I, p. 16, si trattava in realtà di una scelta «sostanzialmente ideologica».

67. Ricorda GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., I, p. 15, come simile innovazione ricalcasse il sistema introdotto dall’art. 206 del r.d. 378 del 1909, sull’ordinamento fondiario per la colonia eritrea, e dall’art. 17 del r.d. 48 del 1931, sull’ordinamento dei libri fondiari in Libia.

SULLA LIBERTÀ DEI PRIVATI DI CONFIGURARE IL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEL CONTRATTO: RIMEDITANDO LA LEZIONE DI SALVATORE ROMANO

GIUSEPPE CONTE

Prof. ordinario Università di Firenze

SOMMARIO: 1. - Il principio di autonomia di configurazione del procedimento di formazione del contratto nel pensiero di Salvatore Romano. 2. - L'originalità del pensiero di Salvatore Romano in tema di libertà configurativa dei privati. 3. - Il recupero dell'insegnamento di Salvatore Romano ai nostri giorni. 4. - Vincoli di legge e libertà dei privati nella formazione del contratto. 5. - Sulla natura e sulle caratteristiche del negozio configurativo.

1. Il principio di autonomia di configurazione del procedimento di formazione del contratto nel pensiero di Salvatore Romano.

Al fine di approfondire i vari aspetti, teorici e pratici, ricollegati alla nozione di "procedimento giuridico", pur compiutamente anticipata nello studio sull'autonomia privata del 1957¹, e di ricavare una compiuta teoria generale da una prospettiva di analisi fondata sulla progressione delle attività (preliminare, conclusiva, esecutiva), che aveva dato già significativi frutti applicativi nello studio del contratto di compravendita², Salvatore Romano pubblica, nel 1961, il volume *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*³.

La riflessione del Maestro è ormai giunta nello stadio della sua piena maturazione ed è pronta a misurarsi con lo sforzo finale in vista di una compiuta sistemazione teorica della nozione di "procedimento giuridico", che non può essere meramente rappresentato come una mera successione di atti e di situazioni giuridiche «che iniziano con l'esercizio del potere normativo e si concludono con l'ultimo atto esecutivo»⁴, occorrendo invece una chiara individuazione dei «principi che regolano il movimento stesso»⁵.

Momento fondamentale di questa sistemazione, nell'ambito dei procedimenti negoziali, è l'azione legata all'accordo e allo svolgimento attivo del potere, che si concreta nell'esercizio di quest'ultimo nella fase normativa dell'autonomia privata.

Un passaggio significativo è dedicato, in particolare, al potere dei privati di dettare regole destinate a incidere sul procedimento di formazione del contratto.

1. Cfr. S. ROMANO, *Autonomia privata (Appunti)*, Milano, 1957, p. 100 ss.

2. Cfr. IDEM, *Vendita, Contratto estimatorio*, Milano, 1960, *passim*.

3. IDEM, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

4. IDEM, op. ult. cit., p. 3.

5. IDEM, op. ult. cit., p. 4 ss.

Anche qui la lezione di Salvatore Romano suona molto originale sino a risultare dissonante rispetto ai correnti indirizzi dottrinali. Dopo avere esaminato le regole «di ordinamento privato» e le «regole statuali di interesse procedimentale», l'autore concentra la propria indagine sulle regole private di procedimento, muovendo da una chiara convinzione: «Che i privati possano regolamentare l'esercizio dei propri poteri e quindi abbiano dei poteri in ordine al procedimento non sembra dubbio, in via di principio»⁶.

Questo generale potere viene identificato con il «principio di autonomia di configurazione del procedimento di formazione di un contratto»⁷. La medesima autonomia che si esercita sostanzialmente nel contrarre, si eserciterebbe proceduralmente nella predisposizione degli atti di formazione del negozio⁸. Insomma, saremmo al cospetto di una libertà configurativa che verrebbe a manifestarsi attraverso atti unilaterali o convenzionali che implicano autonomia di disciplina di esercizio di poteri negoziali e producono una conseguente variazione del corso del procedimento giuridico⁹.

Salvatore Romano perviene a queste conclusioni – lo abbiamo più sopra anticipato – giovandosi ampiamente dello studio da poco compiuto sul contratto di compravendita, avendo bene a mente le numerose clausole e i variabili patti che, largamente diffusi nella prassi, pretendono di arricchire la versione più elementare dello schema tipologico di questo contratto¹⁰, con l'effetto di incidere sulla regolamentazione del procedimento di formazione dello stesso («salvo conferma», «salvo venduto», riserva di gradimento, opzione, vendita a prova, promessa di prelazione)¹¹.

Quanto alla natura giuridica di questi atti espressivi del principio di autonomia di configurazione del procedimento di formazione del contratto, essi sarebbero da inquadrare – ad avviso di Romano – nella categoria dei «negozi normativi», unilaterali o convenzionali che siano¹².

Osservavamo più sopra che la lezione di Salvatore Romano si distacca sensibilmente dalle posizioni della dottrina coeva, distinguendosi per l'originalità della soluzione

6. IDEM, op. ult. cit., p. 77.

7. IDEM, op. ult. cit., p. 80.

8. IDEM, op. ult. cit., p. 83.

9. IDEM, op. ult. cit., p. 81.

10. Lasciamo impregiudicata, al momento, la complessa questione circa l'attitudine di queste clausole e di questi patti a incidere sulla qualificazione tipologica del contratto di riferimento, problema, quest'ultimo, che la dottrina ha affrontato soprattutto con riguardo all'ammissibilità di varianti consensuali dei contratti reali. Sotto questo rispetto, sono inclini a ritenere che la consegna sia un requisito di qualificazione tipologica del contratto reale, con la conseguenza che l'iniziativa delle parti di differire il momento della consegna alla fase esecutiva avrebbe l'effetto di dare luogo a un contratto atipico o, se del caso, a un diverso contratto tipico: F. MASTROPALO, *I contratti reali*, Torino, 1999, p. 28 ss.; G. D'AMICO, *La categoria dei c.dd. contratti reali «atipici»*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 355 ss.; E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, rist., Padova, 1994, p. 210.

11. Salv. ROMANO, *Vendita, Contratto estimatorio*, cit., *passim*.

12. IDEM, op. ult. cit., p. 81 ss.

proposta. Possiamo aggiungere che la sua lezione non ha avuto gran seguito neppure presso la dottrina successiva.

2. L'originalità del pensiero di Salvatore Romano in tema di libertà configurativa dei privati.

Proviamo a offrire una spiegazione di questa originalità di pensiero e a ipotizzare le ragioni della scarsa attenzione ad esso prestata dalla dottrina successiva.

I compilatori del codice civile del 1942 si determinarono a operare una scelta antitetica rispetto alla tradizione normativa risalente al *code Napoléon*, successivamente confermata anche dal nostro codice civile del 1865.

Nel *code civil* mancano riferimenti normativi specificamente dettati al fine di regolamentare il procedimento di formazione del contratto¹³. Una volta operato il distacco dall'esperienza giuridica di derivazione romanistica, che imbrigliava le iniziative negoziali private in schemi predeterminati e rigidi procedimenti rituali, il legislatore francese ritenne che l'autonomia privata, in quanto potere auto-legittimante, debba regolare da sé la propria medesima fonte di regolazione, sulla base del libero consenso e senza ingerenze esterne¹⁴.

Questa impostazione si riproduce nel codice civile del 1865, ove non troviamo regole dettate per chiarire il modo in cui i contratti si intendono «legalmente formati» (art. 1123, 1° co.) o il «consenso» si assume «legittimamente manifestato» (art. 1125).

Questa tradizionale impostazione, di ispirazione liberale, si perpetua nella convinzione che le ingerenze nella sfera di dominio riservata alle parti debba essere contenuta ai minimi termini, anche in fase di formazione del contratto. La previsione di cui all'art. 1104 del codice civile del 1865, che – in termini più puntuali rispetto alla codificazione francese – prescrive un «consenso valido dei contraenti», induce gli interpreti ad affrontare e a far rifluire i problemi della formazione del contratto – pure assunto come un accordo giuridicamente vincolante – sul piano, ben diverso, dei presupposti e delle condizioni di validità delle manifestazioni di volontà¹⁵.

L'affermazione del principio consensualistico, in definitiva, trae con sé una prospettiva di regolazione limitata: il contratto fonda la sua vincolatività sul consenso; il consenso

13. Su tale tradizione normativa, integrata da regole di formazione dottrinale e giurisprudenziale, cfr. J. GHESTIN, *La formation du contrat*, in *Traité de droit civil* sous la direction de J. Ghestin, III éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 260 ss.; J. L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970; J.N. PAPAZOL, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, Michalon, Paris, 1907, *passim*.

14. Cfr. Y. JEANCLOS, *Formalisme ou consensualisme: la sempiternelle querelle du droit des contrats*, in *Hommage à Gérard Boulvert*, Nice, 1987, p. 341 ss.; I. BIROCCI, *Notazioni sul contratto (A proposito di un recente lavoro di G. Alpa)*, in *Quaderni fiorentini*, 1990, p. 651 ss.; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, pp. 15 ss. e 42 ss.

15. B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, III ed., Milano, 1914, p. 460; E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, ed. riv. da C. Lessona, Firenze, 1921, p. 142 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Parte generale, III ed. riv. da L. Coviello, Milano, 1924, p. 346 ss.; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI vol., *Delle occupazioni e dei contratti in genere*, III ed., Roma-Torino-Napoli, 1923, p. 20 ss.

riposa nell'accordo; il modo in cui l'accordo si forma non rileva sul piano giuridico. Quel che davvero rileva, in questa prospettiva, è che la volontà delle parti non sia viziata e che ricorrano i requisiti giudicati essenziali dalla legge.

Già sul finire del secolo decimonono, le esigenze di sicurezza e speditezza dei traffici giuridici e commerciali e l'emergere di diseguaglianze sempre più marcate, sul piano economico, tra i contraenti contribuirono, tuttavia, a evidenziare l'ingenuità di questa prospettiva di valutazione.

«Il diritto civile dei nostri giorni», ebbe a denunciare Brugi, «non può arrestarsi a considerare soltanto quei vizi del consenso che da secoli il giurista fece entrare nel proprio dominio. Se il contratto deve essere un accordo di volontà si presuppone in astratto che le parti contraenti godano di piena eguaglianza: mentre di fatto il regime economico che è base del nostro ordinamento sociale può ridurre il contratto una violenza di forti contro deboli»¹⁶.

Le difficoltà di determinare il momento e il luogo in cui l'accordo si forma nell'ambito della contrattazione a distanza – attestate, in sede applicativa, da alcuni responsi delle corti di giustizia – spinsero il legislatore a introdurre un'analitica regolamentazione agli artt. 36 e 37 del codice di commercio, raccogliendo l'istanza proveniente dalla prassi di determinare in modo chiaro e inequivoco il luogo e il momento in cui il contratto deve ritenersi concluso¹⁷.

I riformatori del codice civile italiano, all'atto di misurarsi con le soluzioni normative che erano state vagliate dagli interpreti in applicazione degli artt. 36 e 37 del codice di commercio, ebbero modo di confrontarsi anche con le articolate scelte operate dal *B.G.B.* che, a differenza del *code civil*, dedica una puntuale e rigorosa disciplina alla materia della formazione del contratto.

Non solo. Anche gli artt. 2-4 del *Progetto italo-francese delle obbligazioni* del 1927 dimostrano la premura dei riformatori di introdurre un'articolata disciplina che evitasse che fosse demandata all'interprete la soluzione del problema della individuazione delle condotte delle parti idonee a far sorgere un vincolo contrattuale¹⁸.

In conclusione, la disciplina introdotta dal codice civile del 1942 riguardante la conclusione del contratto provocò una frattura con la tradizione legislativa riconducibile alla codificazione francese e al codice italiano post-unitario; si ispirò alle differenti esperienze codicistiche e riformatrici nel frattempo maturate (codice del commercio italiano, progetto riformatore italo-francese del 1927, codice civile tedesco), rimeditate alla luce dell'evoluzione della realtà economica e delle nuove istanze di politica sociale.

16. B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 461.

17. La rilettura della Relazione ministeriale Mancini appare molto istruttiva della *ratio* ispiratrice degli artt. 36 e 37 cod. commercio.

18. Cfr. G. ALPA e G. CHIODI, a cura di, *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, 2007.

La regolamentazione positiva del contratto venne così declinata nel segno: del contenimento della concentrazione del potere economico (obbligo di contrattare del monopolista legale); della limitazione della libertà e dell'iniziativa individuale e della garanzia di parità dei contraenti (principio di tutela dell'affidamento e istituto dell'apparenza); della protezione degli interessi dei contraenti aderenti alle proposte contrattuali unilateralmente predisposte dagli imprenditori¹⁹.

Aggiungiamo, per inciso, che anche nell'ambito dell'ordinamento giuridico francese, dove le regole sulla formazione del contratto, in difetto di previsioni codicistiche, non sono certo mancate in quanto elaborate dalla giurisprudenza con il conforto dottrinale, il silenzio legislativo è stato superato in virtù della recente *réforme du droit des obligations*, realizzata con l'*ordonnance* n° 2016-131 del 10 febbraio 2016, che ha operato la *mise à jour* del *code civil*, affidando allo schema dell'incontro tra proposta e accettazione il compito di definire le modalità di conclusione del contratto.

Ma torniamo a Salvatore Romano. Negli anni in cui scriveva la scelta legislativa operata dal codice civile 1942 era ben chiara e certo non veniva sminuita dagli interpreti.

In particolare, non era posto in discussione che gli interrogativi riguardanti il se, il come e il quando della conclusione del contratto, in quanto risolti sul piano legislativo, non fossero questioni demandate né all'autonomia dei privati, né al libero estro degli interpreti.

Ma Salvatore Romano muove da una premessa diversa e molto ardita rispetto ai suoi tempi. Egli è consapevole che l'autonomia configurativa dei privati opera tra «i due poli ... quello dei limiti inderogabili e quello dei principi generali», in «un quadro di condizioni particolari di riconoscimento», e ciononostante predica la libertà dei privati di esercitare un potere regolatorio in ordine alla formazione del contratto.²⁰

Certo, le variazioni che costituiscono esercizio di questo potere vanno apprezzate nei limiti di compatibilità con «le grandi linee di un sistema legale», ma questo sistema legale – egli valuta – appare «di regola», «privo di rigidità»²¹.

3. Il recupero dell'insegnamento di Salvatore Romano ai nostri giorni.

Solo in anni a noi più prossimi l'insegnamento di Salvatore Romano sulla libertà configurativa dei privati in materia di formazione del contratto è stato recuperato e valorizzato nell'ambito di una prospettiva di studio specificamente dedicata all'"autonomia privata procedimentale", a cui va riconosciuto il merito di sollecitare il confronto con il pensiero dell'antico Maestro, oltretutto di stimolare la dottrina ad approfondire una questione foriera di implicazioni, teoriche e pratiche²².

19. Cfr. P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, VII ed., Roma-Bari, 2001, p. 31 ss.; v. anche R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., spec. p. 57.

20. IDEM, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., p. 80.

21. IDEM, op. ult. cit., p. 81.

22. Il riferimento è al volume di A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto*

Ad assecondare questa rilettura, l'autonomia privata, sempre più costretta nella definizione del *contenuto* negoziale, finirebbe per esercitarsi nella creazione di varianti procedurali alla *formazione* del contratto²³.

Il tema dei modi di formazione del contratto – conviene precisarlo – non costituisce materia di meri roveli dottrinali, quasi avesse uno scarso impatto pratico o fosse “socialmente irrilevante”²⁴. A differenza delle codificazioni più datate, le legislazioni più recenti prestano a questo tema grande considerazione, mostrando di assumere la regolamentazione dei procedimenti formativi non solo in funzione dell’obiettivo della “certezza” in ordine al sorgere del vincolo contrattuale, ma anche – è il caso del nostro ordinamento giuridico – quale strumento necessario a salvaguardare il principio dell’“accordo”, premurandosi di introdurre previsioni poste a garanzia del principio di libera autodeterminazione e di consapevole partecipazione alla formazione del regolamento contrattuale di entrambe le parti, in particolare di quelle ritenute meritevoli di maggiore protezione, nonché del principio di intangibilità della sfera giuridica altrui²⁵.

Volendo spingersi oltre, può dirsi che il tema dei procedimenti formativi del contratto è diventato una cartina di tornasole per misurare l’efficacia delle risposte normative introdotte in vista dell’obiettivo di protezione del contraente assunto come più vulnerabile e

fra legge e volontà delle parti, Torino, 2002.

23. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, cit., *passim*, spunti in questo senso anche in V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli, 2002 e in A. URSO, *Autonomia privata e procedimento di formazione del contratto*, in *Persona e mercato*, 2010, p. 67 ss. Una simile prospettiva di indagine, con approdo – tuttavia – a risultati in parte diversi, è stata coltivata in passato da R. FAVALE, “*Forme extralegali*” e *autonomia negoziale*, Napoli, 1994; v. pure A. D’ANGELO, *Proposta e accettazione*, in *Formazione*, I, a cura di C. Granelli, in *Tratt. del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 9, che affrontando il quesito della “tassatività” dei procedimenti di formazione, rileva che la «qualificazione normativa dei comportamenti formativi non implica la definizione di fattispecie tassative, ma la configurazione di modelli ai quali possono rivelarsi congruenti modalità e sequenze di condotte che, pur non specificamente contemplate dalle disposizioni di legge, assolvano requisiti formativi minimi che da esse si desumono»; più di recente, sostiene il superamento del principio di tassatività dei procedimenti legali di formazione del contratto invocando una prospettiva interpretativa “assiologico-teleologica” che però finisce per suonare un po’ generica F. MAISTO, *L’autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, p. 39 ss., il quale sostiene l’ammissibilità di contratti conclusi con modalità incompatibili con le statuizioni di legge ogniquale volta si determini un assetto di interessi conforme alla gerarchia di fonti o al principio di sussidiarietà (ivi, p. 46) e sostiene, altresì, l’ammissibilità di autoregolamenti definiti “di matrice non contrattuale”, vale a dire negozi unilaterali e fattispecie regolamentari complesse (ivi, p. 61 ss.).

24. Così P.G. MONATERI, *Critica dell’ideologia e analisi antagonista: il pensiero di Marx e le strategie della comparazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 709.

25. Cfr. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, pp. 29 ss. e 42 ss., il quale ripercorre le ragioni della scelta operata dal *code Napoléon* e ribadita dal nostro codice civile del 1865 di non contemplare disposizioni in tema di formazione del contratto; v. pure G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l’inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi europei di diritto dei contratti*, cit., p. 337, ad avviso del quale la dimensione dei procedimenti formativi appare «la più idonea a far emergere, spiegare e inquadrare i problemi e quindi a suggerire le soluzioni più plausibili, perché le anomalie derivano proprio da una *differenza tipica di posizioni* delle parti nel momento del *mettersi d’accordo*».

per testare la coerenza sistematica di scelte operate sul piano legislativo con riferimento a specifici settori o a determinate modalità di contrattazione²⁶.

Conviene soffermarsi su quest'ultimo aspetto. A fronte del «moltiplicarsi di asimmetrie, sconnessioni, incoerenze, difetti di coordinamento»²⁷, al cospetto di un diritto contrattuale che appare sempre più frammentario e ben poco comprimibile negli schemi tradizionali²⁸, diventa sempre meno resistibile la tentazione dell'interprete di rinunciare a proporre chiavi di ricostruzioni unitarie della disciplina, seguendo percorsi di razionalità che, riadattando le più sperimentate categorie, garantiscano l'obiettivo di governo della complessità, assurda a cifra caratteristica del (diritto) contemporaneo²⁹.

In questa prospettiva, l'affermazione della perdurante validità dei procedimenti di conclusione del negozio consegnati dalla tradizione e recepiti dalla disciplina positiva sottende la persuasività di alcuni – non necessariamente di tutti – postulati della più classica dottrina contrattualistica³⁰. Quest'ultima si è sempre mostrata molto restia a riconoscere all'autonomia privata poteri dispositivi in ordine ai modi di conclusione del contratto, assumendo di dover salvaguardare il principio di autodeterminazione dei contraenti tutelando proprio all'atto della sua formazione: attraverso il duplice vincolo rappresentato dall'*inderogabilità* dei modi di formazione e dalla *generalità* della loro applicazione³¹.

26. In questo senso L. CAVALAGLIO, *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, Milano, 2006, p. 2.

27. V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 15.

28. U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 166 afferma che «dal mito della perpetua immobilità del diritto e della teoria dei contratti si è così passati al realismo, talvolta alquanto manierato se non rovesciato in altro mito, del moto perpetuo».

29. Nella valutazione di G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York e Londra, 1995, trad. it. *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, p. 11, gli indirizzi post-moderni, nel campo giuridico, alludono «a qualcosa che si oppone a un'identità stabilita; rende problematici proprio quella forma e quel discorso usati per annunciare la propria esistenza, senza cercare di offrire una teoria o un discorso alternativi».

30. Il problema non è avvertito solo da noi: F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Parigi, 2005, p. 369, a proposito dei contratti telematici afferma che «échange des consentements par la médiation des systèmes informatiques représente un mode d'expression de la volonté des cocontractants, qui ne fait en lui-même aucunement obstacle au respect de l'ensemble des conditions de validité au fond de l'acceptation et engage donc valablement les parties à un contrat conclu par le recours à de tels procédés».

31. Il postulato sulla inderogabilità dei modi di formazione del contratto, pacifico per la dottrina tradizionale, è stato ribadito più di recente, da vari autori: R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, p. 518, ha sostenuto che «l'autonomia non implica necessariamente un lato potere di scelta del consociato, da seguire per creare la regola»; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 141 ss., ha osservato che in materia di contratti e di atti unilaterali si possono trovare stabiliti nelle norme alcuni principi di cui le parti non possono disporre: Ad esempio, i criteri che fissano gli aspetti formali; oppure quelli che stabiliscono le modalità e i tempi di conclusione di un contratto o della sua esecuzione»; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 68, sovrapponendo – secondo una prospettiva molto opinabile – il giudizio di *meritevolezza* del contratto che l'ordinamento giuridico statutale si riserva con i canoni che consentono di apprezzare la *giuridicizzazione* della volontà privata, osserva che

La teoria dell'autonomia privata procedimentale, muovendo dall'analisi delle previsioni codicistiche e delle previsioni contenute nella legislazione speciale, con particolare riguardo alle norme che disciplinano i contratti dei consumatori e i contratti telematici, giunge alla conclusione che i privati possono esplicitare, su questo terreno, una "libertà configurativa" che, lungi dal costituire attentato a superiori criteri di ripartizione della competenza tra ordinamento statale e autonomia dei privati, implica «una sorta di "ri-appropriazione" di un aspetto – quella della verifica dell'*an*, del quando e del dove del contratto – *ab origine* del tutto sprovvisto di disciplina normativa, e affidato, piuttosto, al naturale evolversi delle regole create dalla prassi o dalla giurisprudenza»³².

La formazione del contratto, è stato osservato, non sembra essere «un terreno di esclusiva pertinenza del legislatore» anche in considerazione dell'eziologia delle disposizioni in materia: le regole sulla conclusione del contratto sono «state spesso, se non sempre, frutto di un'operazione di "recezione" di prassi contrattuali, piuttosto che di imposizioni autoritative imposte dall'ordine giuridico»³³.

A questo rilievo possiamo però obiettare che la natura meramente dispositiva delle norme sulla formazione del contratto non può essere ricavata dall'origine "pratica" dei procedimenti di formazione del contratto che risultano attualmente codificati o comunque legislativamente disciplinati.

La questione merita un chiarimento. Più in generale, i medesimi tipi contrattuali legislativamente disciplinati corrispondono a schemi organizzativi di regolamentazione degli interessi dei privati sedimentati, nel corso del tempo, nelle prassi commerciali e successivamente recepiti, in ragione del successo riscosso presso gli operatori economici, sul piano della disciplina legislativa. Possiamo senz'altro riconoscere che un processo di "ricezione" delle prassi negoziali si sia verificato anche con specifico riguardo alle modalità di formazione del contratto e alla recezione di schemi procedimentali particolarmente diffusi tra gli operatori economici. Ma questa constatazione è "neutra" ai fini che qui

lo schema prescelto dai contraenti «dovrà rispettare le norme poste dalla legge in tema di procedimento di formazione dell'accordo (modi e forme), cioè di procedimento di creazione dello *strumento* contrattuale». Anche G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 35, conviene che «L'autonomia privata è essenzialmente potere di foggare tipi diversi. Non procedimenti. La possibilità di concludere contratti innominati non esclude, anzi suppone il rispetto dei presupposti di validità e delle tecniche che la legge richiede». Più di recente, il medesimo autore ha mostrato, tuttavia, una maggiore apertura con riguardo al diritto contrattuale europeo: IDEM, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi europei di diritto dei contratti*, cit., p. 363; in particolare, muovendo dalla previsione di una pluralità di procedimenti formativi all'interno dei PECL (*Principles of European Contract Law*) e in particolare dalle disposizioni degli artt. 2.204 e 2.211, l'autore conclude nel senso della possibilità che all'iniziativa del privato sia «riservata, oltre il contenuto dell'assetto di interessi e la creazione del tipo contrattuale, il potere non solo di conformazione *endoprocedimentale* (cfr. artt. 1326, 1327, 1329 c.c.), ma anche – e qui l'importante novità – di foggare *nuovi procedimenti formativi* dell'accordo» (ivi, p. 367 ss.).

32. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 434.

33. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 7.

interessano. Quando l'ordinamento giuridico statale assume come inderogabile una regola dettata in materia contrattuale, lo fa indipendentemente dall'origine "pratica" della stessa. Il carattere della inderogabilità della norma riposa su ragioni di interesse generale, che prescindono dal fatto che la specifica norma (dettata in tema di formazione o di contenuto del contratto) sia trapassata sul piano legislativo dopo essere stata consacrata dalla prassi commerciale.

Chiarito questo preliminare aspetto, rileviamo che la ricerca volta a indagare i contenuti e gli strumenti dell'autonomia privata procedimentale è stata sviluppata distinguendo, nell'ambito dei procedimenti di formazione del contratto, schemi di accordo "semplificato" e schemi di accordo "aggravato" e riservando particolare considerazione all'analisi delle varie ipotesi normative e delle loro ricadute applicative.

Quanto agli schemi c.d. semplificati, si osserva che l'interesse delle parti alla variazione del modello legale in direzione di un "alleggerimento" dello stesso troverebbe «legittimazione proprio in quelle disposizioni che regolano facoltà procedimentali tipiche»³⁴. Questa aspirazione si concreterebbe, in particolare, in patti che incidono sul «"sorgere" del vincolo contrattuale» (patti sul valore del silenzio, clausole di rinnovazione tacita) o in patti che incidono «non tanto sulla nascita del vincolo, quanto sulla modifica, in corso di rapporto, di regolamenti contrattuali già 'coperti', per così dire, da accordi precedenti»³⁵.

Questa premessa suona poco convincente. Non risulta stringente sul piano della consecuzione logica ricavare dal riconoscimento legislativo di facoltà procedimentali *tipiche* l'esistenza e la legittimazione dei privati all'esercizio di facoltà procedimentali *atipiche*.

In realtà, se è la medesima legge a riconoscere e a porre a disposizione dei privati "facoltà tipiche", non appare neppure corretto ragionare di *deroghe* alle norme di legge: trattasi, piuttosto, di *facoltà* fondate sulla legge medesima.

Ma esaminiamo più puntualmente queste facoltà procedimentali tipiche. Alcune di esse sono rimesse all'iniziativa unilaterale del proponente: è il caso in cui la proposta sia da questi qualificata come irrevocabile o sia accompagnata dalla richiesta di immediata esecuzione ai sensi dell'art. 1327 c.c. oppure riguardi un contratto con obbligazioni non gravanti sul destinatario della proposta *ex art.* 1333 c.c. All'iniziativa unilaterale del proponente sono riconducibili anche le condizioni generali di contratto e la predisposizione, ad opera dell'offerente di beni o servizi per mezzo di *internet*, della sequela procedimentale che prelude alla conclusione di un contratto telematico.

Altre facoltà procedimentali sono, invece, riconducibili a iniziative concordate dalle parti, le quali addivengono alla stipulazione di patti caratterizzati da una struttura bilaterale o plurilaterale: è il caso del patto di opzione o della clausola di apertura inserita in un contratto aperto.

34. IDEM, *op. cit.*, p. 423.

35. IDEM, *op. cit.*, p. 186.

Queste facoltà procedimentali *tipiche*, che definiamo tali perché legislativamente disciplinate, non sempre introducono variazioni rispetto agli schemi generali di formazione del contratto e, in ogni caso, ove pure comportino varianti procedimentali rispetto agli schemi più generali non valgono, di per sé stesse, a legittimare i privati – lo abbiamo già chiarito – all'esercizio di facoltà procedimentali *atipiche*³⁶.

Le previsioni riguardanti le *facoltà procedimentali tipiche* attribuite ai privati attestano la ricchezza e la varietà degli schemi di formazione del contratto previsti dalla legge. Esse inducono a predicare una certa qual *duttilità* e *flessibilità* del sistema legale. Ma muovere da queste notazioni per postulare l'esistenza di un più generale principio di autonomia delle parti nel dettare le regole procedimentali che governano la successione degli atti che conducono alla conclusione del contratto è un ragionamento che contiene un salto e che, per questo, richiede una verifica concreta, proprio perché il nostro codice civile del 1942, operando una rottura con la tradizione, ha scelto di dettare regole procedimentali che, per quanto aprano a molteplici varianti procedimentali, hanno la chiara e univoca pretesa di disciplinare l'*an*, il momento e il luogo della conclusione del contratto.

Ebbene, anticipiamo che proprio una indagine concreta condotta su quelle che potrebbero essere varianti procedimentali *atipiche* rimesse ai privati induce a concludere che non è vero che sul terreno della formazione del contratto non si offrano margini alla libera esplicazione dell'autonomia delle parti; è vero, tuttavia, che questi margini sono, nel complesso, ben ristretti.

Osserviamo, innanzitutto, che le parti non sono affatto libere di introdurre variazioni procedimentali rispetto a previsioni legislative che sottendono interessi superindividuali, in quanto tali sottratti alla disponibilità delle parti, come nel caso dei contratti per i quali sono prescritti specifici requisiti di forma, dei contratti conclusi con i consumatori e dei contratti reali (nei limiti, in quest'ultimo caso, in cui si ritengano inammissibili varianti procedimentali su base esclusivamente consensuale).

36. Non è agevole dare un'univoca risposta al quesito se all'esercizio di facoltà procedimentali tipiche corrispondano nuovi schemi di conclusione del contratto o se tali iniziative siano compatibili con gli schemi formativi generali. La risposta viene inevitabilmente a dipendere dalla natura del patto o dell'atto unilaterale che costituisce esercizio della specifica facoltà procedimentale. Ad esempio, per l'ipotesi della clausola di apertura, la risposta dipende dalla natura attribuita all'iniziativa di adesione del soggetto terzo; se accedessimo alla tradizionale opinione, l'iniziativa del terzo configurerebbe accettazione rispetto al contratto aperto assunto alla stregua di una proposta contrattuale (questa sembra anche l'impostazione prediletta nella *Relazione al codice civile*, n. 611) e, quindi, rientreremmo nello schema "proposta-accettazione". Una variante procedimentale rispetto a questo schema si realizzerebbe, invece, se accedessimo all'opinione che qualifica l'adesione del terzo come negozio unilaterale a sé stante (in questo senso G. MIRABELLI, op. cit., p. 89). Più convincente, tuttavia, appare il suggerimento dottrinale che invita a tenere conto dei concreti contenuti e delle specifiche modalità con cui è stata formulata la clausola di apertura, avendo cura di vagliare a chi risulti indirizzata e se i contraenti iniziali si siano riservati di vagliare la richiesta di adesione del terzo (per questa impostazione cfr. R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da R. Sacco, I, Torino, 2004, p. 358; v. pure V. ROPPO, op. cit., p. 131).

Quanto ai contratti conclusi con i consumatori, nell'ambito della più recente ricostruzione dedicata all'autonomia privata procedimentale si è tentato di dimostrare che la disciplina dettata in tema di clausole vessatorie attesterebbe un pur cauto favore legislativo verso patti che alleggeriscono il già semplificato procedimento di formazione di cui all'art. 1341 e finiscono per aggirare anche il requisito minimo della "conoscibilità" posto in tema di condizioni generali di contratto³⁷.

A conferma di questa "apertura" legislativa viene invocata – con un ragionamento che sfiora il paradosso – la previsione che, in passato, era contenuta nell'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 10 e che ora ritroviamo nell'art. 33, 2° comma, lett. *l*, e nell'art. 36, 2° comma, lett. *c*, del codice del consumo, secondo cui vessatorie sarebbero le clausole che consentono «l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto».

In realtà, può anche disquisirsi sulla possibilità che, con questa previsione, l'ordinamento giuridico abbia finito per aprire «qualche spiraglio» alla «(difficile, ma non impossibile) salvezza» di queste clausole.³⁸ Ma è certo che l'inserimento di queste clausole nella c.d. lista nera (art. 36, 2° comma, lett. *c*, cod. consumo), con la conseguenza che al professionista non è consentita neppure la prova della "trattativa", non solo costituisce il segno di un chiaro sfavore legislativo, ma rende anche altamente improbabile, sul piano pratico, immaginare che un giudice – a fronte del rischio che tali clausole possano aprire il contratto a contenuti "segreti" o, a dirittura, a integrazioni successive o unilateralmente disposte – possa convincersi che queste clausole non cagionino un significativo squilibrio di diritti e obblighi a danno del consumatore³⁹.

In definitiva, non costituisce certo un buon viatico all'affermazione dell'esistenza di una generale autonomia procedimentale e di un'articolata potestà configurativa il richiamo della previsione legislativa appena richiamata, che mira risolutamente a contrastare l'eventuale tentativo del professionista di eliminare quel «minimo *fumus* di accordo contrattuale che la "conoscibilità" pareva funzionale a garantire»⁴⁰.

Si conferma, pertanto, come la normativa dettata a protezione degli interessi dei consumatori, pur nella sua frammentarietà e scarsa organicità, appare mirata a imporre, già nella fase delle trattative e della formazione del contratto, una decisa *restrizione* delle scelte operative dei privati, al dichiarato fine di operare un riequilibrio, a tutela dei consumatori, dei poteri e delle cognizioni che ordinariamente vantano gli operatori professionali.

37. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 173 ss.

38. Così A.M. BENEDETTI, op. ult. cit., p. 179.

39. Anche G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 228, conviene che ben difficilmente una tale clausola, nella valutazione del giudice, sfuggirà alla sanzione della inefficacia/nullità. Anche A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 180, è costretto ad ammettere che è «molto difficile "salvare" l'efficacia di questo patto».

40. Proprio così invece A.M. BENEDETTI, op. loc. ult. cit.

4. Vincoli di legge e libertà dei privati nella formazione del contratto.

Il nuovo diritto dei contratti – se vogliamo accedere all'utilizzo, ormai corrente, di questo sintagma, coniato per designare le regole in materia contrattuale di derivazione comunitaria⁴¹ – sottende una concezione dell'autonomia privata caratterizzata da specifici limiti e assoggettata a forti vincoli e, concretamente, esprime modelli di regolazione chiaramente orientati a riequilibrare il piano asimmetrico sul quale ordinariamente agiscono, rispettivamente, professionisti e consumatori.⁴² Questi modelli di regolazione si stanno estendendo, peraltro, sia pure in maniera frammentaria, all'ambito delle relazioni contrattuali che si instaurano tra soggetti imprenditoriali, nei casi in cui pure si registrano asimmetrie di potere contrattuale. I limiti e i vincoli dell'autonomia privata di cui discorriamo afferiscono anche al momento formativo del contratto, con la conseguenza che il nuovo diritto dei contratti, tendenzialmente, si presta ancor meno del "tradizionale" diritto contrattuale all'opzione interpretativa che stiamo qui esaminando, che vorrebbe riservare all'autonomia privata la libertà di creare varianti procedurali in vista della conclusione del contratto⁴³.

Nella proposta ricostruttiva imperniata sulla potestà configurativa dei privati in ordine ai modi di formazione del contratto, ampia attenzione è dedicata anche al settore dei contratti telematici, assunto come caratterizzato da grande flessibilità quanto ai modi di formazione del contratto, al punto che vengono tacciati di «sterilità» e di «scarso reali-

41. Occorre avvertire il lettore che le accezioni d'uso del sintagma "nuovo diritto dei contratti" restano molteplici: alcuni autori sembrano assumere a riferimento una caratterizzazione semantica interamente affidata alla specificità delle fonti normative (comunitarie), altri autori, invece, preferiscono attribuire alla formula lessicale anche una connotazione assiologica; senza contare, infine, gli autori che vi ricomprendono, più semplicemente, tutte le regole non ricomprese nella originaria disciplina che il codice civile dedica al contratto. Momenti significativi di riflessione collettiva, per la civilistica italiana, su questi argomenti sono coincisi con alcuni convegni tenuti: a Venezia, presso la Fondazione Cini, nei giorni 23-26 giugno 1989, con atti raccolti nel volume AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991; a Firenze, con atti raccolti nel volume G. VETTORI, a cura di, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999; a Crotone, nei giorni 24-26 maggio 2001, con atti raccolti nel volume F. DI MARZIO, a cura di, *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Milano, 2004; a Foggia, nei giorni 25-27 settembre 2003, con atti raccolti nel volume F. MACARIO e M.N. MILETTI, a cura di, *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006. Per un'attenzione al sintagma "nuovo diritto dei contratti" con specifico riguardo alle regole di formazione del contratto cfr. G. D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali 2007*, Milano, 2008, p. 567 ss.

42. Sull'asimmetria informativa nell'ambito dei rapporti contrattuali cfr. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari-Roma, 1999, *passim*; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. prin.*, 2003, p. 241 ss.; A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. prin.*, 2004, p. 355 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, *passim*.

43. A.M. BENEDETTI, op. cit., p. 8, osserva peraltro correttamente che in questi casi «le possibilità esplicative dell'autonomia privata [...] trovano limite nella natura sovente imperativa di disposizioni che – elevando l'interesse della parte debole a valore normativamente protetto – sanciscono l'irrilevanza di tutte quelle scelte che – anche relativamente ai modi di formazione – finiscono con l'eludere i rimedi concessi dalla legge ai consumatori» (corsivo nostro, n.d.r.).

smo» gli approcci di quanti vogliono «inquadrare la formazione del contratto telematico negli schemi generali previsti dal legislatore agli artt. 1326 ss. c.c.»⁴⁴.

Appare tuttavia un errore di metodologico, prima ancora che un errore di valutazione giuridica, ravvisare nuove modalità di formazione del contratto in questo settore derivandole, in via di mero automatismo, dalla novità degli strumenti tecnologici adoperati.

Si consideri, innanzitutto, che alla conclusione del contratto può addivenirsi anche tramite lo scambio di messaggi di posta elettronica, i quali, al di là dei necessari adattamenti imposti dalla rapidità e quasi istantaneità degli strumenti comunicativi adoperati⁴⁵, non propongono un procedimento di formazione del contratto dissimile rispetto a quello che si realizza con la più tradizionale corrispondenza postale⁴⁶. Quanto ai contratti che contemplano l'adesione, da parte degli utenti di *internet*, a offerte commerciali veicolate tramite siti *web*, va rilevato che le modalità digitali di conclusione del contratto risultano pienamente compatibili con gli schemi di formazione descritti, sul piano legislativo, agli artt. 1326 e 1327 c.c.

La verità è che nella prospettiva fatrice dell'esistenza di un'ampia "autonomia privata procedimentale" anche i più labili indizi legislativi vengono sovraccaricati di significato sino ad assurgere a segni inequivoci della derogabilità e della flessibilità delle norme sulla formazione del contratto.

Ad esempio, per rimanere al commercio elettronico, a conferma della derogabilità delle norme sulla formazione viene invocata la previsione originariamente contenuta nella direttiva 31/2000/UE, poi trapassata nell'art. 12, 1° co., lett. *a*), del d. lgs. n. 70/2003, che obbliga il prestatore di beni o servizi a fornire varie e dettagliate informazioni, ivi comprese le informazioni riguardanti «le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto»⁴⁷.

La *ratio* di questa previsione è chiara: il professionista che diffonde le informazioni commerciali riguardanti i beni e i servizi si assume anche l'onere e la responsabilità di organizzare e di gestire il sito *web*. L'operatore responsabile del sito ha senz'altro il vantaggio di predisporre la sequela "tecnica" di schermate che vanno completate e approvate per addivenire alla conclusione del contratto. È evidente, pertanto, che egli si ritrova ad

44. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 406 ss.

45. Già agli inizi del secolo C.F. GABBA, *Il telefono nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 180, suggeriva di considerare gli scambi di informazioni per telefono come avvenuti tra presenti, sul presupposto che «ogni dichiarazione, sia di proposta, sia d'accettazione, viene percepita dal contraente cui è diretta, nello stesso momento in cui dall'altro contraente viene emessa».

46. A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 80, rimarca i vantaggi della conclusione del contratto tramite scambio di posta elettronica.

47. Va precisato che l'indagine di A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., risale al 2002 e, per questo, in materia di contratti telematici assume a riferimento le sole previsioni contenute nella direttiva sul commercio elettronico del 2000, e non considerare le successive norme di recepimento contenute nel d.lgs. n. 70/2003.

esercitare facoltà procedurali che condizionano le specifiche modalità di conclusione del contratto e vincolano l'utente a conformare la propria condotta alle indicazioni che gli vengono imposte. A tutela degli utenti di *internet* la previsione legislativa appena sopra richiamata impone al professionista di fornire una chiara e trasparente informazione sui vari passaggi tecnici e sulle modalità prescelte per addivenire alla conclusione del contratto, in modo che il potenziale acquirente sia pienamente avveduto di come e quando si formerà il contratto.

Gli schemi per mezzo dei quali il contratto si formerà, tuttavia, non sono rimessi al mero arbitrio del professionista, considerato che l'art. 13, primo comma, del medesimo decreto (d.lgs. n. 70/2003) prescrive l'applicazione delle «norme sulla conclusione dei contratti» anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio «inoltre il proprio ordine per via telematica»⁴⁸.

Anche la più recente riforma, realizzata con il d.lgs. n. 21/2014, in attuazione della direttiva 2011/83/UE, non ha reso la disciplina della formazione del contratto concluso a distanza, con un consumatore, con mezzi elettronici, incompatibile con le norme codicistiche.

Il novello art. 51, 2° co., cod. consumo impone al professionista di chiarire al consumatore quando e se ci sia l'obbligo di pagare, prevedendo che nel caso in cui la conclusione del contratto avvenga tramite la funzione *point and click*, che sul tasto azionato sia menzionato l'«obbligo di pagare» o sia richiamata un'altra formula equivalente, prescrizioni queste che finiscono per connotare vincoli di forma.⁴⁹ È certo, tuttavia, che la violazione di questa prescrizione configura un'ipotesi di nullità virtuale di protezione, in luogo del mancato perfezionamento del contratto.

Ma completiamo la ricognizione delle altre ipotesi in cui i privati avrebbero facoltà di introdurre varianti volte a semplificare o ad aggravare gli schemi legali di formazione del contratto.

Accordi semplificativi dei procedimenti di formazione del contratto e, per questo, espressivi dell'autonomia privata procedimentale, sono stati ravvisati nei patti che dispongono la rinnovazione del contratto o che disciplinano lo *ius variandi*.⁵⁰

Ma è facile obiettare che le clausole che consentono la proroga o la rinnovazione di un contratto, in mancanza di “disdetta” (o formule similari), incidono, propriamente, sullo *svolgimento* di un rapporto contrattuale già in corso, disponendone la prosecuzione, mentre non incidono sulla *formazione* di un nuovo, distinto contratto. Parimenti, i patti che

48. Anche l'art. 67, 2° co., cod. consumo precisa che, per quanto non disciplinato nel “presente Capo”, dedicato ai diritti dei consumatori nei contratti, «si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti».

49. S. PAGLIANTINI, *Requisiti formali per i contratti a distanza (Art. 51 codice del consumo)*, in *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'AMICO, Padova, 2015, p. 169 ss., ragione di difetto di forma; M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, p. 281, ipotizza la violazione di obblighi informativi.

50. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., pp. 196 ss. e 224 ss.

consentono la variazione unilaterale del regolamento contrattuale comportano modifica o integrazione del regolamento contrattuale delineato nell'accordo originario.

Uno spazio effettivo sembra residuare per l'autonomia privata con riferimento ai patti che incidono sul "sorgere" del vincolo contrattuale⁵¹. Possiamo convenire che le parti possano validamente accordarsi, a certe condizioni ed entro definiti limiti, sul fatto che il silenzio di una di esse valga accettazione della proposta trasmessa dall'altra parte⁵². Ma, anche in questa direzione, gli spazi di esercizio dell'autonomia privata appaiono molto contenuti.

Possiamo assumere la validità, in particolare, di un patto che esempli il procedimento di formazione del contratto di cui all'art. 1333 e che, analogamente, preveda che il contratto si perfezioni per mezzo del mancato rifiuto dell'oblato.

Ma dubitiamo che offra adeguate garanzie di salvaguardia del principio dell'"accordo" un patto che contempli che la conclusione del contratto possa scaturire dal mero silenzio dell'oblato,⁵³ come pure dubitiamo della validità di un patto che non si limiti a regolare, per questa via, la formazione di uno più contratti determinati, ma pretenda di regolare tutte le future proposte contrattuali che, indiscriminatamente, perverranno da una delle parti o che consenta tale modalità di formazione per contratti che abbiano a oggetto obbligazioni a carico del solo oblato⁵⁴.

Accordi del genere da ultimo richiamato prevedono una semplificazione talmente esasperata del procedimento di formazione del contratto da non offrire adeguate garanzie di salvaguardia del principio di *ordine pubblico* dell'accordo.

Gli schemi "aggravati", infine, dovrebbero costituire il settore ove l'accordo contrattuale è maggiormente esposto a variazioni e deroghe frutto delle autonome iniziative dei privati: è lecito inferire, infatti, che mentre il principio di *necessità* dell'accordo si ponga quale ostacolo alla facoltà delle parti di semplificare gli schemi legali di formazione del contratto, non sussista un principio di *sufficienza* dell'accordo che valga a porre un limite agli interventi delle parti volti ad aggravare quei medesimi schemi formativi.

51. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 187 ss.

52. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 192 ss.

53. Escludono la liceità di tale patto V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 210 ss.; conforme A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 193.

54. R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit. p. 90 ss., ammette quella che definisce una «estensione dell'autonomia contrattuale» nel senso che «le parti possono attribuire alla dichiarazione di una di esse gli effetti propri dell'incontro dei consensi», salvo attenuare questa attribuzione di effetti «con il potere di rifiuto, riservato al controinteressato» (ivi, p. 91). Per F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, vol. XXI, t. 1, Milano, 1987, p. 91, è finanche sufficiente che una parte dichiari all'altra che ogni proposta che questa le farà in ordine a un determinato oggetto dovrà considerarsi accettata ove non sia rifiutata entro un determinato termine o entro il termine risultante dalla natura dell'affare o dagli usi.

Ancora una volta dobbiamo però escludere, per le ragioni più sopra esposte, che le conferme all'esplicazione dell'autonomia privata procedimentale possano essere tratte dalle ipotesi in cui l'"aggravamento" del procedimento formativo del contratto sia previsto dalla medesima legge e corrisponda, quindi, a facoltà procedimentali *tipiche*⁵⁵.

Al di fuori di queste ipotesi, si offre senz'altro uno spazio apprezzabile agli interventi configurativi dei privati, ma non è da credere che tale spazio sia smisurato⁵⁶.

Una ipotesi di aggravamento fondato sulla volontà delle parti è quella in cui il proponente o entrambe le parti, tramite un'apposita clausola negoziale, prevedano che per concludere il contratto occorra la formale accettazione dell'oblato anche nei casi in cui, per circostanze oggettive ("natura dell'affare" o "usi"), sarebbe applicabile lo schema semplificato "proposta-inizio di esecuzione" di cui all'art. 1327⁵⁷. Per questa via le parti, esprimono una specifica preferenza per l'applicazione dello schema generale di cui agli artt. 1326 e 1335 c.c., anche quando la legge consentirebbe l'applicazione dello schema semplificato di cui all'art. 1327 c.c. La validità ed efficacia di questa clausola non ci sembra dubbia. Occorre però riconoscere che l'autonomia privata procedimentale che si esplica in questa direzione rivela un estro ben contenuto: rivendica l'applicazione di uno schema legale di formazione del contratto in luogo di un differente schema legale.

Altra ipotesi è quella che rimette alla c.d. "realità convenzionale", espressione che riassume il caso in cui le parti attribuiscono alla consegna del bene, in deroga al principio consensualistico che governa la formazione di quel determinato contratto, il ruolo di

55. Il nostro sistema legale attribuisce al proponente la facoltà di inserire, nell'offerta contrattuale, regole riguardanti i modi, le forme e i tempi attraverso cui verrà a formarsi l'accordo contrattuale; queste regole procedimentali, ancorché unilateralmente predisposte, vincolano al loro rispetto l'oblato che intenda pervenire alla conclusione del contratto. Queste regole possono essere prodotte anche in versione pattizia: è il caso del patto sulla forma, esplicitamente disciplinato dall'art. 1352 c.c. Anche i contratti reali possono essere assunti alla stregua di schemi legali di accordo aggravato e così anche i contratti formali e i contratti dei consumatori: A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 248 ss. Una specifica ipotesi di aggravamento dello schema generale di formazione costituito dalla "proposta-accettazione" è quella prevista all'art. 1520 c.c.: la vendita con "riserva di gradimento".

56. A ben vedere, al di là della discussa (e discutibile) ammissibilità di varianti consensuali ai contratti reali (e in ordine alla quale ancora recentemente si è affermato che «la libertà contrattuale inerisce al contenuto, ma non tocca la struttura del contratto che è inderogabile dalla volontà pattizia»: G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *Trattato contr.*, diretto da P. Rescigno, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, p. 519) gli esempi proposti, dalla «clausola salvo approvazione della casa» (dichiarazione di ricezione di una proposta, e in sé né proposta di contratto, né accettazione) alla richiesta del proponente prevista quale ipotesi di applicazione dell'art. 1327 c.c., sembrano poter trovare un'agevole sistemazione nelle categorie codicistiche, senza dover far riferimento all'affermata autonomia procedimentale dei privati (né tanto meno, quindi, potrebbero fondarla).

57. Cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 365 ss. Un dubbio potrebbe sorgere, in astratto, ove si consideri che l'inizio di esecuzione della prestazione da parte dell'oblato potrebbe configurare un comportamento concludente parificabile a un'accettazione. Ma se la specifica clausola condiziona la conclusione del contratto a un'accettazione espressa è da escludere che l'inizio di esecuzione possa tenere il luogo di una formale accettazione.

elemento di perfezionamento del *vinculum iuris* tra le parti. Possiamo anche riconoscere all'autonomia delle parti il potere di attribuire alla consegna del bene o al pagamento del prezzo, che costituiscono oggetto di un'obbligazione contrattuale, il diverso ruolo di elemento essenziale del contratto⁵⁸. Ma occorre sempre accertarsi che l'esercizio di questo potere non contrasti con interessi indisponibili e non finisca per celare arbitrii di una parte a danno dell'altra.

In definitiva, è senz'altro vero che le norme sulla formazione del contratto non vanno intese quale espressione cristallizzata di un astratto dogmatismo, completamente avulso dalla concreta evoluzione del dato normativo, bensì quale modalità di composizione e bilanciamento degli interessi delle parti coinvolte nelle trattative⁵⁹: ma certo non si può prescindere dalle scelte già operate dall'ordinamento giuridico in sede di composizione e bilanciamento degli interessi delle parti che sono sottese nei vari schemi formativi del contratto.

Le previsioni legali, in verità, offrono un ventaglio sufficientemente variegato di modalità per pervenire alla conclusione del contratto, disegnando schemi legali che, pur in differente misura, offrono all'estro delle parti la facoltà di introdurre anche variazioni all'interno dello schema assunto a riferimento.

Riconoscere la duttilità di questo sistema costruito su alcuni schemi generali non significa, tuttavia, postulare l'esistenza di un principio generale di autonomia procedimentale, liberamente declinabile dai privati. All'esito della disamina più sopra effettuata dobbiamo convenire che gli spazi offerti ai privati, di declinare varianti procedimentali all'interno degli schemi predeterminati per legge, sono molto contenuti e vanno verificati con attenzione al fine di accertare la compatibilità delle iniziative di autonomia di volta in volta assunte dalle parti con l'obiettivo di certezza dei rapporti e di tutela del principio dell'accordo quale elemento indefettibile della formazione del contratto e di intangibilità della sfera giuridica altrui.

58. Per l'ipotesi di una clausola che aveva collegato il perfezionamento di un contratto di assicurazione sulla vita al pagamento della prima rata del premio: Cass. 4 febbraio 2000, n. 1239, in *Giust. civ.*, 2001, p. 1361 ss.; ma in senso contrario alla possibilità che le parti possano creare un modello reale atipico considerato che la legge ha prediletto la "via maestra" del meccanismo regolamentativo della consensualità: Cass. 26 gennaio 1996, n. 611, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 708, con riguardo a un contratto di sottoscrizione delle azioni di nuova emissione. In dottrina, attribuiscono all'autonomia privata il potere aggravare lo schema formativo di un contratto governato dal principio consensualistico introducendo elementi di "realità", tra gli altri: G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 46 ss.; C. MANCINI, *La realtà come scelta atipica*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, spec. p. 445 ss.; D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, cit., p. 103 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 382 ss., il quale però ritiene che la regola della sufficienza dell'accordo possa essere abbandonata solo per via di pattuizione (a conferma invoca la regola di cui all'art. 1352 c.c.) e non tramite l'iniziativa unilaterale di una sola delle parti e sempre che non contrasti interessi indisponibili alle parti; non ammettono la "realità convenzionale", tra gli altri: G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 77; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Comm. Cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, spec. p. 326.

59. Secondo la nota lezione di G. GORLA, *La «logica - illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 255.

Una volta chiarito che la novità dei mezzi tecnologici non comporta, automaticamente, la novità delle tecniche di conclusione del contratto, occorre essere avvertiti che proprio in ordine alle modalità con cui si forma il vincolo contrattuale può facilmente manifestarsi l'arbitrio o la sopraffazione di una parte sull'altra, con conseguente *vulnus* del principio dell'accordo, su cui l'intero sistema contrattuale appare costruito. È per questa ragione che proprio la fase formativa è quella in cui è maggiormente giustificata la "costruzione di carattere logico-formale"⁶⁰ dell'apparato normativo ed è più urgentemente avvertita l'esigenza di formalizzazione e di garanzia data dal conoscere senza dubbi *se, quando e come* è concluso un contratto⁶¹.

Possiamo anche recuperare la nozione di "potestà configurativa", valorizzando la lezione di Salvatore Romano.⁶² L'espressione può tornare senz'altro utile per connotare gli spazi e gli strumenti offerti ai privati di apportare modifiche e variazioni agli schemi formativi prefigurati dalla legge, declinando varianti procedurali al loro interno. Ma questa nozione va adoperata sulla base di una specifica convenzione d'uso. In particolare, il sintagma lessicale non deve illudere circa l'esistenza di un generale principio di "autonomia privata procedimentale", perché i margini di questa libertà configurativa che si offre ai privati, come abbiamo constatato, sono molto contenuti in considerazione del fatto che sulla formazione del contratto incidono principi fondamentali del diritto contrattuale: il principio consensualistico, il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui, il principio di certezza del vincolo contrattuale.

In conclusione, possiamo anche predicare l'esistenza di un certo qual margine di libertà configurativa, a beneficio dei privati, in tema di modi e forme di conclusione del contratto; nella consapevolezza, tuttavia, che questo margine è ben ristretto e si colloca su un terreno su cui incidono principi fondamentali del sistema dei contratti e interessi inderogabili alle parti.

5. Sulla natura e sulle caratteristiche del negozio configurativo.

Lo strumento con cui le parti esercitano il potere di configurare le modalità di conclusione del contratto, nei limiti in cui sia ad esse concesso dall'ordinamento giuridico, è il negozio di configurazione.

60. V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, pp. 156-157: lo stesso A., *ibidem*, p. 96 sottolinea il "pericolo di togliere agli istituti giuridici formali la necessaria nettezza di contorni, garanzia incontestata di certezza nel trattamento dei fatti giuridici".

61. Nota A. D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, cit., p. 4, che "l'opzione codicistica nel senso dell'articolazione della disciplina della conclusione dei contratti in diverse fattispecie di formazione non è solo ispirata all'esigenza di regolare alcune più frequenti e rilevanti ipotesi di conflitti di interessi che possono manifestarsi riguardo alla fase di costituzione del vincolo, in relazione a diverse tipologie di rapporti o di sequenze e modalità di condotte formative. Essa è volta altresì alla soluzione di una serie di questioni che sarebbero rimaste normativamente irrisolte se, omettendo la regolamentazione di procedimenti formativi, si fosse lasciato all'interprete di stabilire qual condotte realizzino una generica, e legislativamente indefinita, fattispecie di accordo".

62. Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., p. 80 ss.

Possiamo convenire che tale negozio sia riconducibile al *genus* degli accordi “normativi”, come già riconosciuto da Salvatore Romano e dalla dottrina successiva⁶³, nella misura in cui impegna gli autori a conformarsi alle indicazioni in esso contenute ai fini della conclusione di futuri ed eventuali contratti.

Vi è però una specificità del negozio configurativo che merita di essere rimarcata, considerato che trattasi di un aspetto distintivo che vale a differenziare tale negozio dalla generalità degli accordi normativi. Mentre questi ultimi valgono perlopiù a fissare il contenuto del regolamento contrattuale futuro, il negozio configurativo vale a dettare regole attinenti alle modalità di formazione del contratto futuro, lasciando impregiudicato il problema del suo contenuto.

Occorre anche evitare meccaniche equiparazioni del negozio configurativo al patto sulla forma di cui all’art. 1352 c.c., considerato che quest’ultimo più direttamente incide su un requisito di struttura, mentre il primo più propriamente mira a regolare lo svolgimento dell’*iter* formativo del contratto. Per quest’ultimo, peraltro, non è proponibile l’applicazione, per via analogica, della regola legislativa della invalidità del contratto difforme dettata all’art. 1352⁶⁴.

Qualche cautela impone la considerazione della forza normativa del negozio di configurazione.

In conformità alla funzione di tale negozio, dovremmo convenire che ove le parti pongano in essere atti, dichiarazioni e comportamenti non conformi all’*iter* prefigurato in esso, non si potrà ritenere senz’altro perfezionato il contratto, anche per l’ipotesi in cui gli atti, le dichiarazioni e i comportamenti concretamente posti in essere dalle parti fossero astrattamente compatibili con uno schema formativo del contratto disciplinato sul piano legislativo⁶⁵.

Quest’ultima osservazione merita, tuttavia, una precisazione. Non si può escludere che le parti abbiano operato un ripensamento e che il frutto di tale ripensamento sia proprio la conclusione del contratto secondo le modalità ordinarie.

Occorre considerare che in quest’ultimo caso, il giudice non potrebbe, di propria iniziativa e senza contestazione di parte, rilevare che il contratto è stato concluso in difformità rispetto a quanto previsto dal negozio configurativo.

Riteniamo però che, anche a fronte di una contestazione processuale di una delle parti, il giudice possa accertare che la conclusione del contratto per via ordinaria è avvenuta

63. IDEM, op. ult. cit., p. 81 ss.; conviene sul punto anche A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 425 ss.; v. pure U. PERFETTI, *La conclusione del contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2016, p. 131 ss.; v. pure A. D’ANGELO, *Proposta e accettazione*, cit., p. 26.

64. Conviene sul punto anche A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 427.

65. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 427 ss. e, ivi, nota 11, ragiona di irrilevanza degli atti difformi, con la conseguenza che il contratto non può ritenersi concluso.

con il consapevole intento di entrambe le parti di voler superare, per questa via, il negozio configurativo concluso in precedenza, con il risultato di attribuire efficacia risolutiva al procedimento formativo svoltosi in maniera difforme dalla precedente intesa e al contratto che ne è conseguito⁶⁶.

66. Come è noto, la giurisprudenza non richiede, peraltro, che l'accordo risolutorio di un precedente negozio debba necessariamente risultare da un accordo esplicito delle parti, potendo questo risultare anche da fatti univoci posti in essere successivi alla sua stipula e contrastanti con la volontà di mantenerlo in vita: Cass. 2 marzo 2012, n. 3245; Cass. 4 luglio 2006, n. 15264; Cass. 24 marzo 2001, n. 4307; Cass. 15 giugno 2001, n. 8106).

LA NATURA DELLE POLIZZE *LINKED* TRA PREVIDENZA, RISPARMIO E INVESTIMENTO

PAOLOEFISIO CORRIAS
Prof. ordinario Università di Cagliari

SOMMARIO: 1 Le polizze *linked* nelle attività del mercato finanziario. - 2. I caratteri sintomatici della natura delle polizze *linked*. - 2.1. Il rischio demografico. - 2.2. Il rischio finanziario. - 2.3. Una proposta di qualificazione. - 3. Nuovi scenari assicurativi: polizze del ramo I ed accantonamento del risparmio.

1. Le polizze *linked* nelle attività del mercato finanziario.

Il problema relativo alla natura delle polizze c.d. *linked* e, più in generale, delle polizze aventi un contenuto finanziario emesse dalle imprese di assicurazione, va considerato tutt'altro che risolto. Infatti la giurisprudenza – prevalentemente di merito – che si è pronunciata sul punto risulta ancora oscillante¹ e anche la dottrina continua ad esprimere opinioni dissonanti, quantunque risulti nettamente prioritario l'orientamento che riconduce tali figure alle logiche del mercato finanziario e ne esclude, di conseguenza, la natura assicurativa².

Evitando, in proposito, di rievocare questioni oramai note, quali l'avvento e l'evoluzione di tali modelli negoziali, nonché la disciplina ad essi applicabile³, sia precedentemente che successivamente alla entrata in vigore della c.d. legge sul risparmio⁴ e delle

1. Cf. A. CAMEDDA, *La tutela precontrattuale dei sottoscrittori di polizze linked stipulate prima delle riforme del t.u.f.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, p. 448 ss.

2. Per la linea di pensiero dominante v., *ex multis*, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Prodotti "misti" e norme sulla tutela del cliente*, in *Liber amicorum per Pietro Abbadessa*, III, Torino, 2014, p. 2437; P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 89 ss., spec. 95 s.; ID, *L'assicurato-investitore: prodotti, offerta e responsabilità*, in questa *Rivista*, 2011, I, p. 387 ss.; A. GAMBINO, *La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria*, in questa *Rivista*, 2007, I, p. 191 ss., spec. 194 ss.; M. ROSSETTI, *Polizze "linked" e tutela dell'assicurato*, in questa *Rivista*, 2002, I, p. 223 ss., spec. 226 ss.; U. SALANITRO, *Prodotti finanziari assicurativi collegati ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 491 ss. *Contra*, G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze Unit linked ed Index linked (ai confini dell'assicurazione sulla vita)*, in questa *Rivista*, 2000, I, p. 233 ss., spec. 243 ss.; ID, *Le polizze linked tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, in questa *Rivista*, 2012, p. 399 ss., spec. 413 s., secondo la quale andrebbe riconosciuta natura assicurativa anche alle polizze del ramo III; M. FRIGESSI, *La qualificazione delle polizze linked nel diritto dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2013, I, p. 3 ss., spec. p. 6, p. 12 ss. il quale giunge alla medesima conclusione sulla base di un - a nostro avviso - non persuasivo riferimento al principio di applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea. Per una posizione intermedia v., recentemente, A. C. NAZZARO, *La causa delle polizze unit e index linked*, in *Dir. merc. assic. e fin.*, 2016, p. 57 ss., spec. p. 85 ss.

3. V., ampiamente, E. PIRAS, *Le polizze variabili nell'ordinamento italiano*, Milano, 2011, *passim*.

4. L. 28 dicembre 2005, n. 262.

successive integrazioni a questa⁵, potrebbe essere utile appuntare l'attenzione su un solo profilo specifico relativo alla qualificazione degli stessi e, segnatamente, sui criteri da seguire per stabilire se la singola polizza sottoposta all'attenzione dell'interprete sia da ricondurre all'area della previdenza, del risparmio, dell'investimento oppure, ancora, se configuri una combinazione di siffatti profili funzionali⁶.

Il problema va, a nostro avviso, affrontato nel contesto del progressivo ampliamento e mutamento dell'ambito di attività delle imprese di assicurazione, che non è più rivolto in via prevalente alla copertura e al trasferimento del rischio, ossia alla stipulazione dei due tradizionali contratti aleatori - l'assicurazione contro i danni e quella sulla vita - definiti ed individuati dagli art. 1882 e 1895 c.c. Allo stato, infatti, i contratti non assicurativi delle imprese di assicurazione stanno assumendo una dimensione sempre più significativa: oltre al fenomeno delle polizze finanziarie, sul quale si sta appuntando l'attenzione in questa occasione e che ne costituisce la manifestazione principale, vanno considerate le garanzie personali del credito – nella veste di polizze fideiussorie o cauzionali *ex* ramo 15, art. 2, comma 3, cod. ass. e art. 13, Regolamento ISVAP 16 marzo 2009, n. 29 - ed i contratti di assistenza *ex* artt. 1, comma 3, ramo 18 danni 175 e 346 cod. ass., la cui natura assicurativa, è alquanto discussa⁷.

La “finanziarizzazione” della attività assicurativa, d'altro canto, costituisce, a sua volta, un'importante manifestazione del graduale e costante avvicinamento dei tre comparti nel quale attualmente si scompone il mercato finanziario in senso ampio – in ordine cronologico, quello bancario, quello assicurativo e quello mobiliare (o del mercato finanziario in senso stretto o, ancora, se si preferisce, del mercato dei capitali) – che sta conducendo ognuno dei tre principali attori dello stesso mercato (banche, imprese di assicurazione, e imprese di investimento) a svolgere quasi tutte le attività finanziarie, comprese quelle che sino a poco tempo prima venivano svolte dagli altri.

A tale processo è stato dato ampio risalto dalla dottrina, che si è soffermata sia sulle cause che l'hanno provocato che sulle pressanti esigenze di coordinamento che la sua emersione ha appalesato⁸. Qualunque sia l'opinione maturata in proposito, non si può comunque non prendere atto che, allo stato, i tre settori del mercato finanziario non

5. D. lgs. 29 dicembre 2006, n. 303.

6. Sui concetti di previdenza risparmio ed investimento, sia consentito di rinviare a P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, Milano, 2011, p. 33 ss., spec. p. 73 ss.

7. V., ancora, P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione (Profili funzionali e strutturali)*, Napoli, 2016, p. 10 ss.

8. Cfr., tra gli altri, A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari Regole*, Bologna, 2013, p. 64 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il diritto del sistema finanziario*, in *Diritto commerciale*, a cura di CIAN, II, Torino, 2013, p. 785 ss.; R. NATOLI, *Il contratto “adeguato” (La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione)*, Milano, 2012, p. 87 ss.; S. AMOROSINO, *Principi “costituzionali”, poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in *Manuale di diritto del mercato finanziario*³, a cura di Amorosino, Milano, 2014, p. 3 ss.; P. CORRIAS, *Le aree di interferenza della attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario*, in *Giust. cin.* (Rivista trimestrale), 2015, p. 622 ss., p. 635 ss.

marciano più separati e in parallelo – “a canne d’organo” per usare una efficace raffigurazione⁹ - come avveniva sino all’ultimo decennio del secolo scorso, ma risultano oramai fortemente integrati e connessi e, in tale contesto, l’attività assicurativa – per arrivare al punto che interessa direttamente – ha notevolmente intensificato le aree di contiguità con quella bancaria e del mercato mobiliare.

Al riguardo è sufficiente rilevare che, sulla base della attuale normativa, le imprese di assicurazione possono: (i) effettuare raccolta del risparmio attraverso il contratto di capitalizzazione (art. 2, comma 1, ramo V vita e art. 179 cod. ass.) e, per le ragioni che verranno illustrate nel prosieguo¹⁰, recentemente lo effettuano di fatto in maniera massiccia anche e soprattutto tramite polizze di cui all’art. 2, comma primo, ramo I vita; (ii) porre in essere operazioni di vero e proprio investimento, analoghe, per intendersi, alla gestione di portafogli individuali di investimento, tramite le polizze *Linked*; (iii) rilasciare garanzie (tramite le polizze fideiussorie o cauzionali); (iv) infine, in epoca relativamente recente, sono state autorizzate – seppure con stringenti limitazioni - ad erogare finanziamenti a soggetti diversi dalle persone fisiche e dalle microimprese¹¹.

Quantunque alcune di queste attività – segnatamente la raccolta del risparmio tramite il contratto di capitalizzazione e l’erogazione di finanziamenti – siano sinora state di portata quantitativamente modesta, esse risultano, tuttavia, assai significative sul piano sistematico, in quanto denotano tanto la legittimazione sul piano normativo quanto l’idoneità sul piano tecnico delle imprese di assicurazione ad ampliare il proprio ambito operativo all’interno del sistema finanziario in senso ampio – come dimostra il già ricordato recente massiccio incremento della raccolta del risparmio tramite polizze di ramo I vita - e inducono a ritenere che, con tutta probabilità, esse rappresentino, allo stato, i soggetti del mercato finanziario che più si avvicinano – sul piano astratto - al modello del c.d. intermediario universale.

2. I caratteri sintomatici della natura delle polizze *linked*.

In questo scenario va, dunque, collocato il profilo problematico attinente alla esatta individuazione dei caratteri sintomatici della natura assicurativa oppure finanziaria (di risparmio e/o di investimento) o, ancora, mista (assicurativo-finanziaria) della singola polizza *Linked* oggetto di qualificazione.

La premessa del ragionamento che si sta avviando – suscettibile, evidentemente, di essere solo posta ma non dimostrata e neppure adeguatamente illustrata in questa sede

9. AMOROSINO, *Principi*, cit., p. 4.

10. *Infra*, par. 3.

11. V. Part. 114, comma 2 *bis*, TUB e per quanto riguarda le modalità con le quali è previsto che avvengano tali finanziamenti - che devono essere presentati in un piano soggetto alla valutazione dell’IVASS e che possono costituire solo una parte alquanto modesta delle riserve tecniche da coprire - gli artt. 8 *bis* e 8 *ter* del regolamento ISVAP n. 36 del 31 gennaio 2011, (introdotti dall’art. 4 del provvedimento IVASS n. 22 del 21 ottobre 2014).

– è che il contratto di assicurazione sulla vita definito dal legislatore nell'art 1882 c.c. e richiamato nel ramo I, dell'art. 2, comma 1, cod. ass., è da considerare connotato da una struttura aleatoria e da una funzione previdenziale. Più precisamente, configura un meccanismo tramite il quale, con l'attribuzione di un preciso rilievo giuridico ad una situazione di incertezza, rappresentata dall'incidenza della sopravvivenza o della morte sull'*an* o sul *quantum* della prestazione di una delle parti (solitamente ma non necessariamente dell'assicuratore)¹², viene realizzata una funzione previdenziale, consistente nel garantire all'assicurato le risorse economiche necessarie a far fronte all'evento incerto (morte o sopravvivenza) contemplato¹³.

È il caso di precisare, *in limine*, che la funzione previdenziale in senso stretto, caratterizzata dal vincolo oggettivo di destinazione di una determinata risorsa alla realizzazione di un bisogno della vita umana ritenuto sul piano sociale particolarmente meritevole, può anche realizzarsi mediante un negozio non aleatorio¹⁴. Tuttavia, richiedendo l'alea come condizione di validità del contratto (artt. 1882 e 1895 c.c.)¹⁵ e la contestuale destinazione dello schema di cui agli artt. 1919 ss. c.c. alla realizzazione di interessi relativi alla vita umana particolarmente significativi (art. 38 Cost.)¹⁶, il legislatore italiano ha forgiato il tipo contrattuale assicurazione sulla vita definito dall'art. 1882 c.c. collegando inscindibilmente alea e funzione previdenziale, di guisa che l'eventuale realizzazione di interessi previdenziali, al di fuori di tale meccanismo, fuoriesce dal tipo appena evocato e dalla disciplina ad esso applicabile.

Da quanto osservato deriva che poter essere considerato un contratto di assicurazione sulla vita, qualsivoglia negozio stipulato da un'impresa di assicurazioni deve congiuntamente contemplare un rischio demografico - ossia prevedere una oggettiva ed apprezzabile variabilità della prestazione di una delle parti in ragione della durata della vita umana – e garantire all'assicurato, qualora si verifichi l'evento (morte o sopravvivenza) previsto, una prestazione non inferiore al premio versato tale da far fronte alle esigenze previdenziali¹⁷.

12. La principale eccezione riguarda le ipotesi di assicurazione a vita intera, con prestazione dell'impresa predeterminata ed a premio fisso periodico, nel cui ambito l'incertezza dell'evento morte incide sulla entità della prestazione complessiva dell'assicurato (o del contraente).

13. V., in proposito, P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione*, cit., p. 93 ss. spec. p. 96 ss.

14. V., ancora, P. CORRIAS, *o.l.c.*, p. 73 ss., spec. p. 97.

15. V. P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione*, cit., p. 133 ss.

16. Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1282; P. CORRIAS, *Previdenza*, cit., p. 90 ss.

17. In tal senso, tra gli altri, F. CAPRIGLIONE, *Le polizze "Unit Linked": prodotti assicurativi con finalità di investimento* (parere *pro veritate* reso in data 31.3.2014), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 426 ss., spec. p. 428 e p. 430; precedentemente, M. ROSSETTI, op. cit., p. 231; Trib. Busto Arsizio, 6 novembre 2009, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2012, II, p. 69.

2.1. Il rischio demografico.

L'assenza del primo requisito, invero, determina la mancanza di una situazione oggettiva di rischio (art. 1895 c.c.) e quindi della aleatorietà del contratto; mancanza che, se voluta o accettata dalle parti al momento della stipulazione, non rende nullo lo stesso ma rescinde il legame tra il perseguimento della funzione previdenziale e il congegno aleatorio - fondato, nelle (più frequenti) ipotesi in cui è incerta la prestazione dell'impresa¹⁸, su un esborso dell'assicurato certo (premio) di entità inferiore rispetto a quello incerto rappresentato, appunto, dalla somma promessa dall'impresa - che, come si è detto, connota lo schema assicurativo¹⁹. L'impermeabilità della misura materiale della prestazione dell'assicuratore all'accadimento dell'evento, in altri termini, non solo affievolisce il nesso tra bisogno economico e risorsa assegnata per la soddisfazione dello stesso, ma, soprattutto, fa sì che l'assicurato realizzi le esigenze previdenziali tutelate dalla legge, non a costo parziale, ma a costo pieno, ossia accantonando presso l'impresa le stesse secondo il meccanismo proprio del risparmio. Può altresì osservarsi, sul piano strettamente tecnico-giuridico, che, in tale contesto, la rilevanza dell'evento viene sensibilmente limitata, in quanto lo stesso fungerà da mero termine per l'esigibilità della prestazione e non, come avviene nel meccanismo assicurativo, da elemento di determinazione della stessa.

Un contratto assicurativo (*rectius* emesso da imprese di assicurazione) stipulato consapevolmente senza rischio demografico, in definitiva, configurerà un mero contratto di (raccolta del) risparmio, con termine determinabile, *per relationem*, in ragione della morte dell'assicurato.

2.2. Il rischio finanziario.

In ordine al secondo requisito, ossia alla previsione di una prestazione di ammontare adeguato a soddisfare i bisogni previdenziali in caso di accadimento dell'evento, occorre anzitutto verificare se il contratto preveda una garanzia di restituzione del premio versato.

In assenza di tale garanzia o in presenza di una garanzia inferiore al premio versato (c.d. garanzia parziale), l'assenza della funzione previdenziale appare del tutto evidente: qualora, infatti, la determinazione della prestazione dell'assicuratore dipenda da fattori esterni, quali l'andamento del mercato finanziario, l'assicurato, nel momento in cui dovesse verificarsi l'evento e, quindi, maturare le esigenze economico-previdenziali, potrebbe trovarsi senza alcuna risorsa o, comunque, con una risorsa incerta e/o insufficiente per far fronte alle stesse. È, dunque, coesistente alla funzione previdenziale, che una parte considerevole della prestazione dovuta in caso di accadimento dell'evento sia certa ed insuscettibile di variare in ragione dei parametri del mercato finanziario²⁰.

18. V., *supra*, nt. 12.

19. Così, recentemente, Trib. Treviso, 3 febbraio 2014, in *Dirittobancario.it*; Trib. Mantova, 26 giugno 2012, in *Ivasso.it*. Per la dottrina, v. PIRAS, *Le polizze variabili*, cit., p. 46, p. 94.

20. In tale direzione si è espressa Cass., 18 aprile 2012, n. 6061, in *Dir. e fisc. dell'assic.*, 2013, p. 125, con nota

Qualora sia prevista una garanzia di restituzione (almeno) del premio versato sorgono, invece, maggiori problemi, in quanto diviene ineludibile precisare, su un piano generale, in quale misura la prestazione dell'impresa deve essere predeterminata e in che misura, viceversa, può variare in relazione all'andamento del mercato finanziario, affinché possa essere preservata (ancorché in parte) la funzione previdenziale o comunque, l'indole assicurativa del negozio²¹.

Non essendo evidentemente consentito, in questa sede, sviluppare questo tema che condurrebbe, in definitiva, ad indagare in profondità gli esatti confini del contratto di assicurazione sulla vita, approfondendo, sul piano della disciplina settoriale e, segnatamente, di quella regolamentare, i confini tra le polizze del ramo I con gestione separata da un parte, quelle *Unit Linked* del ramo III con fondo interno e con garanzia di restituzione del premio corrisposto da un'altra parte e il contratto di capitalizzazione di cui al ramo V da un'altra ancora²², ci limitiamo, in questa sede, a considerare persuasivo il criterio - già incidentalmente indicato in altra occasione²³ - che considera sussistente la natura propriamente assicurativa della polizza non solo quando vi sia la garanzia della restituzione del premio versato²⁴ ma anche quando il *quantum* della prestazione dell'impresa, insuscettibile di subire variazioni, sia significativamente superiore a quest'ultimo; il ché è quanto dire che alle polizze che prevedono la garanzia di mera restituzione e non di un apprezzabile incremento, quantunque possa essere riconosciuta una funzione previdenziale, non può essere attribuita una connotazione assicurativa²⁵.

Può, infatti, osservarsi che, in queste ultime ipotesi, la certezza per l'assicurato di ricevere, al momento dell'accadimento dell'evento, una prestazione pari almeno al capitale versato, preserva, in qualche misura, la funzione previdenziale, in quanto vincola una risorsa certa - quale, appunto, la somma trasferita all'impresa - alla realizzazione dei bisogni derivanti dall'evento, il cui accadimento è incerto dal punto di vista temporale. Tuttavia, l'incertezza in ordine alla possibilità per l'assicurato di ricevere una somma significativamente maggiore del premio versato - derivante dalla limitazione della garanzia alla sola entità di quest'ultimo (con esclusione della garanzia di un maggiore rendimento) - esclude l'aleatorietà del contratto, in quanto pone l'impresa al riparo da possibili perdite, a prescindere dall'andamento del mercato finanziario: se si verifica l'evento demografico in un contesto negativo dei mercati, invero, questa non sarà tenuta ad alcun esborso

adesiva di M. GAGLIARDI. V., inoltre, ampiamente, E. PIRAS, op. loc. cit., p. 48.

21. Si è precisato, in precedenza, che i due caratteri non coincidono, potendo darsi la realizzazione della funzione previdenziale anche al di fuori dal meccanismo (aleatorio) assicurativo.

22. Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Prodotti "misti"*, p. 2439; P. CORRIAS, *Previdenza*, cit., p. 92 ss.

23. P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione*, cit., p. 132 s., spec. nt. 107.

24. Riconoscono la natura assicurativa in caso di garanzia di restituzione del premio, *ex multis*, Trib. Treviso, 3 febbraio 2014, cit., Cass., 18 aprile 2012, n. 6061, cit., p. 125.

25. In tale direzione, Trib. Parma, 18 agosto 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 189.

ulteriore rispetto alla restituzione del premio; qualora, invece, l'evento non si verifichi avrà il vantaggio derivante dall'incameramento definitivo del premio. In questo assetto contrattuale, in ultima analisi, salta il meccanismo (aleatorio) del costo parziale – fondato sull'esborso certo per l'assicurato di una somma sicuramente più modesta di quella promessa dall'impresa in caso di accadimento dell'evento – e quindi il collegamento tra struttura aleatoria e realizzazione della funzione previdenziale che, come si è rilevato, connota il tipo assicurativo.

2.3. Una proposta di qualificazione.

Su queste basi può, quindi, avanzarsi una proposta di qualificazione per le polizze variabili o collegate (*Linked*) del ramo III, rilevando che: (i) in quelle senza garanzia o con garanzia parziale di restituzione del capitale, dal momento che manca *tout-court* la funzione previdenziale si è innanzi ad un negozio finanziario, di puro investimento²⁶; (ii) nelle figure che prevedono la garanzia della restituzione dell'intero capitale, è preservata in parte la funzione previdenziale, ma al di fuori dal meccanismo assicurativo: dunque è configurabile un prodotto finanziario di risparmio con una venatura previdenziale; (iii) nelle polizze con garanzia della restituzione dell'intero capitale e di un apprezzabile rendimento, infine, viene realizzata la funzione previdenziale e si è innanzi ad un contratto misto, con prevalente funzione assicurativa e con una componente finanziaria di investimento.

3. Nuovi scenari assicurativi: polizze del ramo I ed accantonamento del risparmio.

Il bassissimo incremento dell'indice di inflazione o, financo, la situazione di vera e propria deflazione che hanno caratterizzato l'andamento dell'euro negli ultimi anni e che hanno determinato una modestissima remunerazione dei depositi bancari, delle obbligazioni bancarie e dei titoli di stato e, ancora, l'introduzione²⁷ dell'istituto del *bail-in* che, come è noto, pone a carico degli azionisti *in primis* e dei creditori (obbligazionisti, depositanti e correntisti) *in secundis*, il rischio del dissesto della banca esponendo questi ultimi alla possibilità di polverizzare il capitale versato se superiore ai 100.000,00 euro (protetti dal Fondo di garanzia)²⁸, costituiscono, a nostro avviso, le

26. Così, recentemente, App. Milano, 11 maggio 2016, in *www.dejure.it*, Trib. Torino, 17 marzo 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Palermo, 5 novembre 2015, *ibidem*; Trib. Gela, 2 marzo 2013, *ibidem*, *contra*, Trib. Reggio Emilia, 3 dicembre 2015, in *www.diritto bancario.it*; Trib. Milano, 16 aprile 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 449 ss., secondo cui «Le polizze *unit linked* che prevedono la prestazione dell'assicuratore determinata a posteriori sulla base dei risultati degli investimenti dei premi corrisposti dal sottoscrittore escludendo la garanzia di rimborso dell'intero premio ma prevedendo una garanzia parziale, non possono essere qualificate come prodotti puramente finanziari ma costituiscono prodotti a componente mista, assicurativa e finanziaria».

27. Tramite la l. 180/2015, a partire dal 1 gennaio 2016.

28. Per una chiara illustrazione del meccanismo di funzionamento del c.d. *bail-in*, introdotto dai dd. lgs. nn. 180 e 181 del 2015, a partire dal 1 gennaio 2016, v. B. INZITARI, BRDD, *Bail in, risoluzione della banca in dissesto*,

concause della riconduzione del risparmio privato in misura sempre maggiore e, allo stato, assai significativa verso il mercato assicurativo e, segnatamente, verso le polizze del ramo I con gestioni separate.

I modelli di polizze solitamente proposti ai risparmiatori dalle banche - in qualità di intermediari assicurativi - in alternativa, appunto, ai depositi, alle obbligazioni bancarie e ai titoli di stato, prevedono il pagamento di un premio unico pari alla somma che si intende accantonare, il diritto di riscatto senza penalità a partire dal secondo o dal terzo anno, e una prestazione dell'impresa non inferiore in ogni caso al capitale versato (che risulta, quindi, interamente garantito) che prevede la remunerazione del medesimo capitale, generalmente incerta²⁹, in quanto dipendente dal risultato delle gestioni separate (oscillante, di norma, tra l'2% e il 3% annuo). Al fine di giustificare l'inclusione nel ramo I, il contratto prevede un modestissimo rischio demografico, non superiore (e assai spesso molto inferiore) all'1% della prestazione promessa. In caso di morte dell'assicurato, infatti, viene prevista a favore del beneficiario o dei beneficiari indicati nella polizza il menzionato incremento della somma che sarebbe spettata all'assicurato medesimo in caso di riscatto anticipato o alla scadenza del contratto.

Valutando tali fattispecie alla luce dei criteri, poc'anzi illustrati, sulla base dei quali abbiamo ritenuto di individuare le funzioni di previdenza, risparmio ed investimento, reputiamo che la sostanziale mancanza di rischio demografico che caratterizza queste polizze, allontani le stesse dall'area funzionale del contratto di assicurazione sulla vita definito dall'art. 1882 c.c. e comunemente ricondotto alle polizze del ramo I vita. Se è vero, infatti, che il rischio demografico - espressamente richiesto, quale elemento caratterizzante, di quest'ultimo modello sia dal menzionato l'art. 1882 c.c. che dall'art. 1895 c.c. e dalla normativa secondaria settoriale assicurativa³⁰ - non è del tutto assente, esso, tuttavia, nel contesto complessivo della causa del negozio, risulta di entità tale da essere senz'altro reputato irrisorio³¹ e, quindi, simbolico e/o irrilevante³².

condivisione concorsuale delle perdite (d. lgs. n. 180 del 2015), in *Il dir. fall.*, 2016, p. 629 ss.; R. LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2016, p. 287 ss. il quale opportunamente sottolinea i gravi problemi di compatibilità che l'istituto solleva nel nostro ordinamento con particolare riguardo ai principi sui quali si reggono le procedure concorsuali.

29. Sempre più raramente, in ragione del bassissimo tasso di interesse riscontrabile in questo periodo storico, l'impresa si impegna a garantire anche un rendimento (comunque non superiore all'1%).

30. V., in particolare, l'art. 9 del Regolamento IVASS (già ISVAP) 16 marzo 2009 n. 29, relativo alla classificazione di rischi per ramo, il quale segna la distinzione tra il contratto di assicurazione sulla vita e quello di capitalizzazione (ramo V), mettendo in evidenza l'assenza in quest'ultimo del rischio demografico.

31. Così, con riguardo ad una concreta fattispecie di polizza finanziaria, Trib. Mantova, 26 giugno 2012 cit.

32. Con riferimento alla vendita, ad esempio, non si dubita che qualora il contratto sia stipulato ad un prezzo talmente esiguo, rispetto al valore della cosa, da apparire meramente simbolico (c.d. vendita *nummo uno*), esso vada classificato come donazione. V., per tutti, A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Trattato dir. civ. comm.* Cicu-Messineo-

In definitiva se, come è corretto fare, si procede alla qualificazione di queste polizze prescindendo dal *nomen iuris* ad esso apposto (consistente nella dizione “assicurazioni sulla vita”, “polizze del ramo I” e/o “gestione separata” o altre simili) esse, in quanto in realtà consistenti in un mero accantonamento di risparmio, appaiono più prossime al contratto di capitalizzazione che al contratto di assicurazione sulla vita. Quantunque, infatti, tali fattispecie non siano del tutto sovrapponibili alla fattispecie tipica di cui all’art. 179 cod. ass. - in quanto, per limitarsi alle differenze più rilevanti, nell’ambito del contratto di capitalizzazione viene garantita non solo la restituzione del capitale versato ma anche l’incremento di quest’ultimo derivante, appunto, dalla “capitalizzazione” annuale dello stesso e, ancora, nell’ambito della capitalizzazione è indicata la scadenza del contratto, laddove le polizze in oggetto, se non viene esercitato il riscatto, possono durare sino alla morte dell’assicurato – in entrambe le ipotesi l’elemento centrale dell’accantonamento di un capitale con obbligo di restituzione a scadenza o a richiesta del contraente in caso di esercizio di diritto del riscatto, individua indubbiamente una causa comune di risparmio.

Volendo concludere con una notazione di carattere generale, possiamo rilevare che il massiccio ricorso al mercato assicurativo per l’accantonamento del risparmio, in alternativa ai tradizionali prodotti bancari e postali e ai titoli di stato, solleva significativi problemi non solo in punto di disciplina del contratto – posto che alla rilevazione della natura non assicurativa di tali polizze, dovrebbe conseguire l’inapplicabilità alle stesse di una parte cospicua delle norme codicistiche sul contratto di assicurazione sulla vita (artt. 1882 ss., 1919 ss., 2952 c.c.) riferibile, come è noto, ai soli contratti di assicurazione in senso stretto³³ - ma anche sul piano per così dire macro-sistemico, considerato che la gestione del risparmio mediante fondi con obbligo di rimborso, non costituisce evidentemente una attività verso la quale può considerarsi orientata in via prevalente e neppure significativa l’impresa di assicurazione in considerazione della struttura e dell’organizzazione finanziaria che la caratterizzano. Siffatta inidoneità potrebbe, invero, determinare, in un lungo periodo, una situazione di difficoltà delle imprese a restituire il capitale (garantito) a richiesta – nel caso in cui gli assicurati dovessero esercitare il diritto di riscatto – nell’attuale contesto economico di bassissima inflazione o di deflazione.

Su un piano generale, del resto, l’incremento del contributo del settore assicurativo al rischio sistemico è stato sottolineato dal Fondo Monetario Internazionale nel capitolo terzo del *Global Financial Stability Report* del 2016 (reso pubblico, in aprile). In tale sede si è rilevato, in primo luogo, che le autorità di supervisione del settore non dovrebbero

Mengoni-Schlesinger, Milano, 2014, p. 110 s.; V., anche, Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 503 ss., secondo cui “l’indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico, può determinare la nullità della vendita per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali”.

33. Come del resto già avviene per le polizze finanziarie dei rami III e V.

guardare unicamente alla solidità delle singole compagnie ma al complessivo impatto del settore assicurativo sul sistema finanziario; inoltre, che l'attività assicurativa costituisce una fonte rilevante di rischi finanziari sistemici per diverse ragioni: la presenza di passività aventi un termine più lungo rispetto alle banche, la maggiore diversificazione degli *asset* e, ancora, l'interconnessione meno estesa con il resto del sistema finanziario; quindi – e questo è probabilmente il passaggio più importante del *Report* – che nel caso di un shock avverso è improbabile che le compagnie di assicurazione siano in grado di onorare il loro ruolo di intermediari finanziari, specie quando anche altri attori del sistema finanziario non riescono a rispettarlo³⁴. Per questa ragione secondo il FMI sarebbero auspicabili delle misure standard di accumulo di capitale che le imprese assicurative dovrebbero accantonare durante i periodi economici positivi per usarli poi durante i periodi negativi.

34. Nel sommario del terzo capitolo si rileva che *«in the event of an adverse shock, insurers are unlikely to fulfill their role as financial intermediaries precisely when other parts of the financial system are failing to do so as well»*.

RENT TO BUY E LOCAZIONE DI SCOPO

VINCENZO CUFFARO
Prof. ordinario Università di Roma Tre

SOMMARIO: 1. Un nuovo schema contrattuale. - 2. Il contenuto e la disciplina del nuovo contratto. - 3. La qualificazione e i rimedi.

1. Un nuovo schema contrattuale.

Qualcosa è cambiato nell'attenzione legislativa al mercato immobiliare, volendo intendere questa formula in senso lato, come riassuntiva degli interventi normativi che hanno riguardo al godimento degli immobili. L'attenzione legislativa per lungo tempo è rimasta concentrata sul godimento dell'immobile cui è funzionale il contratto di locazione ed ha principalmente considerato l'interesse del conduttore, approntando una minuziosa tutela realizzata con il disegno, nel segno della imperatività delle prescrizioni, dei contenuti del contratto di locazione.

Ma il trascorrere degli anni, con l'inevitabile modifica della realtà economica e degli interessi che questa esprime, non può non riflettersi sugli istituti giuridici approntati per dare risalto agli interessi dei privati che ruotano intorno ai beni immobili: beni che almeno nel nostro paese continuano a rivestire un ruolo non secondario sul piano della ricchezza dei singoli.

Nella regolamentazione legale delle locazioni di immobili urbani, la possibilità di acquistare il bene locato è stata affidata allo strumento della prelazione¹; diritto inteso quale espressione del favore accordato normativamente all'interesse del conduttore, in misura tale che la relativa disciplina è stata considerata come limitativa dell'interesse del locatore, così da giustificare le precauzioni volte a circoscrivere l'area di esercizio del diritto, attribuito solo ad alcune categorie di conduttori, di rendersi acquirente del bene.

Nel momento attuale assistiamo, invece, ad un mutamento di direzione per ciò che l'esigenza di tutela del conduttore quale contraente debole del rapporto locativo cede il passo ad una diversa esigenza dettata da ragioni di rilancio dell'economia ed il programma legislativo, con una sorta di movimento inverso, è rivolto ad incentivare il mercato verso l'acquisto del bene immobile.

Il diritto di acquistare il bene immobile viene posto al centro di una nuova figura contrattuale nell'ambito della quale il diritto personale di godimento, o meglio l'atten-

1. Il riferimento è, ovviamente, agli artt. 38 e 39 della legge 27 luglio 1978, n. 392 sulla prelazione nelle locazioni ad uso diverso dall'abitazione ed all'art. 3, co. 1 della legge 9 dicembre 1998, n. 431 sulla prelazione nelle locazioni abitative. Per l'inquadramento sistematico, v. FURGUELE, *Contributo alla studio delle prelazioni legali*, Milano, 1984.

zione normativa all'interesse al godimento del bene, è recessiva rispetto all'interesse a conseguire la proprietà del bene; anzi, l'interesse al godimento del bene di proprietà altrui è immediatamente ed espressamente funzionale all'interesse all'acquisto.

Ed infatti, con l'art. 23 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito in legge 11 novembre 2014, n. 164, l'ambiguo legislativo distilla un contratto tramite il quale le parti «prevedono l'immediata concessione del godimento di un immobile, con diritto per il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte del canone indicata nel contratto». La stessa rubrica dell'articolo, nel richiamare l'accordo tramite il quale il godimento dell'immobile conseguito da un contraente è determinato dallo scopo del successivo acquisto del bene in vista del quale il contratto è concluso, rende avvertito l'interprete che l'intento legislativo è stato non tanto quello di regolamentare una prassi già diffusa, quanto l'altro, ben più ambizioso, di indirizzare l'autonomia dei privati mettendo a disposizione un nuovo e autonomo schema contrattuale che recepisce schemi già noti in altri ordinamenti².

2. Il contenuto e la disciplina del nuovo contratto.

La previsione dell'art. 23 è scandita in otto commi³. Il primo comma reca la descrizione del contratto, i commi 3, 4 e 6 individuano *per relationem* le norme applicabili al rapporto che dal contratto deriva; i commi 1-bis, 2 e 5 disciplinano il contenuto di clausole contrattuali e precisano gli effetti conseguenti la risoluzione, mentre il comma 7 reca una regola fiscale, al momento ancora inoperante, dettata con finalità incentivanti.

La disposizione di legge, frutto di un suggestivo lavoro di *bricolage* realizzato spigolando (art. 23 commi, 1, 3, 4 e 6) le norme *nominatim* dichiarate applicabili, delinea un'operazione economica⁴ chiara nelle sue linee essenziali, ma forse meno chiara nella sua portata applicativa.

Lo schema è semplice: in vista dell'acquisto di un immobile, il futuro acquirente è subito immesso nella detenzione del bene con l'intesa che sino al momento della stipula dell'atto di acquisto corrisponderà al proprietario un importo periodico e che una quota parte di tale importo sarà imputata in conto prezzo.

2. Piuttosto che all'esperienza di paesi di *common law*, cui rimanda la formula 'rent to buy' segnalata, già prima della emanazione della legge, da FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. Impr.*, 2014, p. 419 ss., merita ricordare la legge francese 12 luglio 1984, n. 84-595 sulla 'location-accession', richiamata da BASILE, *Un nuovo contratto per il mercato immobiliare?*, in *Giust. Civ.*, n. 4 -2015, p. 875 ss.

3. In effetti, le disposizioni che hanno rilievo sul piano sostanziale sono quelle contenute nei primi sei commi (in effetti sette poiché in sede di conversione è stato inserito il comma 1-bis) dell'articolo, in quanto il comma 8 non riguarda la disciplina del contratto ma l'efficacia sospesa della previsione tributaria dettata nel precedente comma 7 che, allo stato, resta quindi inefficace.

4. Sul rilievo dell'espressione cfr. E. GABRIELLI, *Operazione economica e teoria del contratto*, Milano, 2013, *passim*.

Schema che della locazione recepisce solo le suggestioni terminologiche. Occorre sin da ora segnalare che rispetto al nuovo contratto⁵ possono certo continuare ad essere utilizzati termini propri del rapporto locativo - conduttore, godimento, rilascio - tuttavia nella consapevolezza che tali termini non valgono a richiamare la disciplina sulle locazioni di immobili urbani, qual è affidata da decenni a leggi che solo per inerzia intellettuale continuiamo a definire 'speciali'.

Nessuna specificazione detta la legge quanto all'ambito oggettivo, consentendo così di ritenere che lo schema contrattuale possa trovare applicazione in relazione all'acquisto di qualsivoglia immobile⁶, senza che abbia rilievo l'uso dello stesso, e quindi sia per l'acquisto di immobili a destinazione abitativa, cui del resto fa espresso riferimento la previsione del comma 4 in ordine al frazionamento del mutuo, sia per l'acquisto di immobili con destinazione *lato sensu* commerciale.

Analogamente, quanto all'ambito soggettivo, manca una indicazione precisa, anche se l'esigenza alla base dell'intervento legislativo, dichiarata nel Titolo del Capo V del provvedimento «*Misure per il rilancio dell'edilizia*», fa apparire ragionevole che al contratto dovrebbe soprattutto far ricorso l'imprenditore, utilizzandolo come incentivo per promuovere la vendita di costruzioni di recente realizzazione, mentre è prematuro stabilire se lo schema sarà adottato anche nei rapporti tra privati.

Il ricorso allo schema contrattuale principalmente da parte dell'imprenditore sembra, del resto, confermata dalla previsione del comma 6 dell'art. 23 che, nel considerare gli effetti del fallimento del concedente, fa riferimento alla procedura concorsuale cui è soggetto l'imprenditore e nel precisare che «*il contratto prosegue*» vale a delineare una tutela specifica dell'interesse del conduttore a non venir giudicato dal fallimento.

D'altra parte, e specularmente, che lo schema contrattuale possa essere adottato anche in relazione all'acquisto di immobili funzionali all'esercizio di attività economiche, è chiarito dal dettato del medesimo comma 6 là dove considera l'ipotesi speculare

5. Che ha suscitato l'attenzione testimoniata da una ricca messe di studi: CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 8 ss.; DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 817, ss.; D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, p. 1030 ss.; GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: profili ricostruttivi*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 798; IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 2015, p. 191; POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 32 ss.; MAZZAMUTO, *Il contratto di Rent to buy*, in *Contr. Impr.*, 2015, p. 952 ss.; TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, *ivi*, 2014, p. 824; ZANELLI, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014: ora dunque empty tollit locatum?*, *ivi*, 2015, p. 14 ss.; nonché, in *Giur. it.* 2015, p. 491 ss., gli scritti di: PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*; PADOVINI, *Rent to buy e condominio*, CUFFARO, *La locazione di scopo*, SARTORI, *Profili fiscali del c.d. Rent to buy*; più di recente, VALENTINO, *Crisi economica e tipologie contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 327 ss.

6. Anzi, più di recente è stata prospettata la possibilità di adottare lo schema contrattuale anche all'acquisto delle aziende: cfr. *Rent to buy di azienda*, *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2016.

che sia il conduttore ad essere sottoposto alla procedura concorsuale ed in questo caso richiama la disciplina dettata dall'art. 72 L.F. per i rapporti pendenti al momento della dichiarazione di fallimento.

Manca una specifica previsione sulla forma, ma la prescrizione si ricava dal rinvio espresso all'art. 2645-bis cod. civ., in quanto l'accordo è appunto soggetto al regime di pubblicità proprio del contratto preliminare; quindi solo il contratto risultante da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata è, a seguito della trascrizione, opponibile ai terzi entro il termine che, come indicato nel comma 3, è elevato a dieci anni.

A quest'ultimo riguardo, merita osservare come in tal modo risulti individuato un ulteriore elemento di caratterizzazione del contratto, nel senso che l'operazione economica disciplinata non può avere una estensione temporale superiore ai dieci anni, venendosi altrimenti a caducare l'effetto della opponibilità, dettato a garanzia della parte interessata all'acquisto dell'immobile.

Elemento caratterizzante è certo quello della trascrizione. Nel disegno della norma, la descrizione del contenuto contrattuale è infatti enunciata quasi per inciso, in relazione alla possibilità di trascrivere il contratto. Una tecnica, a ben vedere, non dissimile da quella adottata in precedenti interventi legislativi per gli atti di destinazione⁷ e per i contratti sui diritti edificatori⁸. Una tecnica ancora una volta nel segno della trasposizione perché il legislatore utilizza il sistema della pubblicità legale, ed integra infatti le relative disposizioni nel libro sesto del codice, per dare invece ingresso alla disciplina sostanziale degli atti suscettibili di trascrizione.

Analoga tecnica segue il recente intervento normativo, anche se nella disposizione dell'art. 23 il percorso appare anche più tortuoso, in quanto realizzato tramite un rinvio che tuttavia è formulato rispetto a due e diversamente connotate disposizioni. Infatti, mentre nel primo comma dell'art. 23 il rinvio all'art. 2645 bis cod. civ. vale a precisare le condizioni di opponibilità del contratto ai terzi⁹, nel medesimo primo comma della disposizione si legge un ulteriore riferimento, espresso con una formula: «*la trascrizione produce anche i medesimi effetti di quella di cui all'articolo 2643, comma primo, numero otto del codice civile*», resa ambigua dalla particella congiuntiva che sembrerebbe voler rimandare ad effetti ulteriori, come se la regola sulla trascrivibilità dei contratti di locazione rivestisse una funzione diversa dalla opponibilità. Si viene in tal modo a determinare una sovrapposizione

7. Sul tema, di recente, AMORE, *La trascrizione ex art. 2645 ter c.c. fra destinazione e separazione patrimoniale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 869 ss.

8. Per una esauriente ricostruzione v. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Tratt. Trascr.* diretto da Gabrielli e Gazzoni, Tomo I, UTET, 2012 p. 205 ss.

9. Si parla al riguardo di c.d. effetto prenotativo, ma «l'alternativa alla mera prenotazione è quella di attribuire con maggiore plausibilità e rigore ricostruttivo in termini sostanziali, alla trascrizione del preliminare un effetto di opponibilità, pur se risolutivamente condizionato alla mancata successiva trascrizione del definitivo»: così puntualmente GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., Tomo II, p. 132.

posizione di rinvii a norme che comunque attengono alla pubblicità dichiarativa, con una ridondanza che nuoce all'esatta intelligenza della vicenda che si è inteso disciplinare. Per vero, il riferimento alla disposizione sulla pubblicità delle locazioni ultranovennali¹⁰ sembrerebbe privilegiare una tanto precisa quanto superflua connotazione della fattispecie, determinando sul piano ermeneutico maggiori incertezze di quelle che la precisazione aveva forse inteso risolvere.

Il contratto è dunque suscettibile di trascrizione, mentre la tecnica del duplice richiamo a disposizioni che entrambe hanno riferimento alla pubblicità dichiarativa sembra possa solo essere ascritta a quella imprecisione nella redazione delle leggi cui da anni l'interprete ha consapevolezza.

Quanto al contenuto contrattuale, dalla disposizione di legge si ricavano le regole applicabili al rapporto nella fase antecedente il momento in cui si realizzerà l'effetto traslativo. Nel probabile intento di escludere la possibilità di qualificare il contratto come locazione, con la conseguente applicabilità delle disposizioni imperative in materia¹¹, il legislatore fa uso di una tecnica elementare, dichiarando applicabili al rapporto, nel periodo intercorrente tra la conclusione del contratto ed il momento dell'acquisto del bene, le norme che riguardano gli obblighi nascenti dall'usufrutto. Senza voler procedere ad un esame analitico delle singole regole numericamente richiamate, «*le disposizioni degli articoli da 1002 a 1007 nonché degli articoli 1012 e 1013 del codice civile in quanto compatibili*»¹², in termini generali merita osservare che alcune norme riguardano la garanzia richiesta al momento iniziale del rapporto e come tali appaiono di dubbia applicazione alla vicenda contrattuale disciplinata; altre norme individuano il riparto delle spese inerenti l'immobile secondo un modello, che distingue spese ordinarie e riparazioni straordinarie, non dissimile da quello che distingue per il contratto di locazione tra spese di ordinaria e straordinaria manutenzione; altre ancora attengono ai giudizi sorti durante lo svolgersi del rapporto.

Si tratta, a ben vedere, di norme dispositive in misura tale che le parti restano quindi libere di adottare una diversa e più pertinente regolamentazione di tali profili del rapporto contrattuale.

Di maggior interesse le disposizioni più direttamente attinenti le clausole contrattuali e le regole applicabili al rapporto contrattuale in caso di risoluzione.

10. Sul significato da attribuire alla previsione dell'art. 2643 n. 8 in relazione alla durata della locazione, sia consentito rinviare a CUFFARO, art. 1572, in CUFFARO, CALVO, CIATTI, *Della locazione*, in *Il Cod. Civ. Comm.*, diretto da Busnelli, Milano, 2014, p. 66 ss.

11. Come è noto, il profilo della imperatività delle regole è circoscritto per le locazioni ad uso di abitazione alla sola durata del rapporto, mentre ancora sussiste ed è ancora più esteso per le locazioni non abitative cfr. CUFFARO, op. loc. cit., p. 25 ss.

12. Per una recente ricognizione sulle disposizioni v. MARZO, *Dell'usufrutto*, in JANNARELLI e MACARIO (a cura di) *Della proprietà*, nel *Comm. del cod. civ.* diretto da Gabrielli, UTET, 2012.

Infatti, del contratto la legge stabilisce il novero degli effetti, prestando particolare attenzione a quelli che si determinano nel momento patologico del mancato adempimento degli obblighi che dal contratto derivano.

La previsione del comma 2 riguarda la determinazione della gravità dell'inadempimento del 'conduttore', secondo un parametro percentuale rispetto al numero complessivo dei canoni, mentre nel comma 5 sono individuati gli obblighi restitutori conseguenti l'inadempimento, differentemente connotati a seconda di quale sia il contraente inadempiente.

Per il contratto che produce immediati effetti obbligatori, la legge prevede una specifica ipotesi di risoluzione per inadempimento, espressa in una formula certo non piana: «*Il contratto si risolve in caso di mancato pagamento, anche non consecutivo, di un numero minimo di canoni, determinato dalle parti, non inferiore ad un ventesimo del loro numero complessivo*». Viene in tal modo fissata la misura quantitativa dell'inadempimento rilevante, misura che comunque è maggiore dell'ammontare di una sola mensilità del corrispettivo, nel senso che il mancato pagamento di una mensilità non potrà di per sé¹³ essere motivo di risoluzione, ben potendo le parti concordare una soglia più elevata di inadempimento non 'grave'. L'inciso «*anche non consecutivo*» vale a significare che la gravità dell'inadempimento è quantitativa, riguarda cioè l'ammontare complessivo del debito, rendendo così in qualche misura tollerabile il mancato pagamento di canoni il cui ammontare complessivo si mantenga al di sotto della soglia fissata dalla legge¹⁴.

Nel quinto comma della disposizione sono invece regolate le conseguenze restitutorie che la risoluzione determina. Conseguenze diversamente caratterizzate in quanto l'obbligazione restitutoria ha per oggetto, in caso di inadempimento del 'concedente', la sola parte dei canoni imputata a prezzo di acquisto; mentre, nel caso di inadempimento del conduttore, questi ha l'obbligo di restituire l'immobile ma non può pretendere il rimborso di quanto sino ad allora corrisposto periodicamente, restando tale importo *in toto* acquisito al patrimonio del concedente.

Considerato il carattere composito del canone, parte del quale è da imputare al prezzo di acquisto del bene, viene in tal modo a configurarsi una clausola penale di fonte legale¹⁵, rispetto alla quale è da chiedersi se possa operare la regola della riduzione ad equità come previsto dalla norma dell'art. 1384 cod. civile¹⁶.

Ancora con riferimento alla posizione del conduttore ed al contenuto del contratto, il comma 1-*bis*, aggiunto frettolosamente in sede di conversione del decreto, detta un'ulteriore prescrizione che impone di definire contrattualmente «*la quota del canone imputata al corrispettivo che il concedente deve restituire in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la*

13. Neanche per effetto di una clausola risolutiva espressa, la cui efficacia deve ragionevolmente essere esclusa, pena la irrealizzabilità della previsione legale che deve quindi ritenersi imperativa.

14. Su questo profilo, cfr. D'AMICO, op. loc. cit.

15. Cfr. CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. giuridico*, 2015, 8.

16. Sul punto, v. NICOLUSSI, *Rent to buy: inadempimento e riducibilità della penale, mancato acquisto e indennità*, in ALBANESE e MAZZAMUTO (a cura di) *Rent to Buy Leasing e vendita con riserva di proprietà*, Torino, 2016, p. 49 ss.

proprietà dell'immobile». La previsione aggiunge un ulteriore fattore di opacità per la messa a fuoco dello schema negoziale, in quanto appare contraddire apertamente la possibilità di leggere il contratto come vincolante per entrambi i contraenti in ordine al trasferimento dell'immobile, mentre costituisce argomento testuale in favore dell'interpretazione che delinea l'acquisto dell'immobile come diritto spettante solo al conduttore, secondo uno schema prossimo all'opzione. In tale prospettiva, la previsione circa la necessità che dal contratto risulti la quota del canone versata in conto prezzo della quale il conduttore può pretendere la restituzione, letta in riferimento al dettato del quinto comma che, come dianzi ricordato, indica quale effetto dell'inadempimento del conduttore la perdita (*rectius* la irripetibilità) integrale dell'ammontare dei canoni già corrisposti, sembra idonea ad indicare che il conduttore, in caso di mancato esercizio del diritto di acquisto, potrebbe non ottenere la integrale restituzione di quanto pagato periodicamente in conto prezzo se nel contratto fosse diversamente stabilito.

L'analisi potrebbe continuare, ma si impone una sintesi.

La norma di legge individua un contratto con effetti obbligatori suscettibile di trascrizione; indica la funzione del negozio, stipulato in vista della futura alienazione dell'immobile; determina quali contenuti essenziali del contratto: la immissione del potenziale acquirente nel godimento dell'immobile, la previsione di un canone periodico necessariamente 'misto', parte corrispettivo del godimento temporaneo e parte imputata ad anticipo del prezzo, il diritto del conduttore di acquistare il bene; fissa, *per relationem* alle norme sull'usufrutto, le regole del rapporto per il periodo precedente l'acquisto ed ancora detta prescrizioni quanto alla rilevanza dell'inadempimento del conduttore ed agli effetti della risoluzione (con riguardo alla sorte degli importi versati); infine disciplina gli accadimenti conseguenti il fallimento di ciascuna delle parti.

La disciplina legale reca il segno della dissociazione.

Proposta e adottata per agevolare l'imprenditore nella vendita degli immobili (lo testimoniano: il lessico, «*in funzione della successiva alienazione*» e le indicazioni tratte dalla relazione accompagnatoria alla legge, diretta «*alla ripresa delle attività produttive*» nel settore immobiliare), la disciplina è declinata a tutela del potenziale acquirente (lo testimoniano: le regole sulla trascrizione; sul godimento immediato del bene; sulla tolleranza dell'inadempimento; sulla impermeabilità al fallimento del concedente; sul diritto di acquistare riconosciuto al conduttore; sulla tutela in forma specifica ex art. 2932 cod. civ. di tale diritto).

Dunque, una disomogeneità di posizioni contrattuali particolarmente evidente rispetto alla realizzazione del programma negoziale. Ove il concedente non collabori alla realizzazione del diritto del conduttore, questi, già nel godimento del bene, potrà ottenere coattivamente il titolo di acquisto dell'immobile, mentre ove il conduttore non eserciti il diritto di acquistare, il concedente per ottenere la restituzione del bene dovrà necessariamente munirsi del titolo esecutivo per l'azione di rilascio.

3. La qualificazione e i rimedi.

Resta sullo sfondo il tema della qualificazione del contratto, necessario per poter utilizzare l'aggettivo 'nuovo' e complementare alla ricognizione dei rimedi.

Sembra al riguardo di dover ripetere che il tema non è meramente classificatorio¹⁷, in quanto dal suo esito derivano conseguenze in ordine alla disciplina applicabile al rapporto.

Come già ricordato, poiché il contratto può essere stipulato non soltanto per l'acquisto di un'abitazione ma anche per l'acquisto di un immobile avente diversa destinazione, non può essere ignorato il problema del raffronto della nuova fattispecie contrattuale con la disciplina attuale delle locazioni di immobili urbani; disciplina che tuttora è contraddistinta da un articolato sistema improntato alla imperatività: per le locazioni abitative circoscritta alle regole sulla durata, più penetrante per le locazioni ad uso diverso dall'abitazione¹⁸.

Volendo, ad esempio, considerare il profilo della durata del rapporto contrattuale, la disciplina vigente conosce norme che per le locazioni ad uso di abitazione prescrivono la nullità di «ogni pattuizione volta a derogare i limiti di durata del contratto», così art. 13 della legge n. 431/1998¹⁹ mentre analoghe previsioni detta per le locazioni ad uso diverso dall'abitazione, art. 27, co. 4, della legge n. 392/1978²⁰.

La eventuale individuazione di un contratto di locazione, acquisterebbe dunque rilievo nel caso di mancata realizzazione del programma di acquisto dell'immobile, potendo essere configurabile la pretesa del conduttore che non abbia esercitato il diritto di acquistare il bene, di far valere la disciplina del tipo locativo per continuare nel godimento del bene appunto a titolo di locazione. Né ad escludere tale possibile approdo potrebbe essere da solo sufficiente l'accorgimento legislativo di dichiarare applicabili al rapporto instaurato sul piano obbligatorio le disposizioni in tema di usufrutto che, in quanto tali, non sono nella sostanza dissimili da quelle vigenti per il rapporto locativo e, dunque, non varrebbero da sole ad impedire una qualificazione del contratto in termini di locazione.

Neanche la circostanza positivamente prevista per cui una parte del canone che il conduttore si impegna a corrispondere sino al momento dell'acquisto è imputata a prezzo di acquisto, potrebbe valere ad escludere che, venuto meno l'evento traslativo, possa residuare un rapporto riconducibile al tipo locativo, giacché proprio l'indicazione normativa circa la duplice imputazione del corrispettivo, parte a canone e parte ad anticipo

17. Su tale profilo, v. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2014, p. 18: «Lo si riconosca o no, la categoria costituisce per il giurista una sorta di tranquillizzante punto di riferimento».

18. Solo di recente scalfita dalla per altri versi singolare disposizione dettata nell'art. 18 del medesimo decreto n. 133/14 che, sotto la rubrica 'Liberalizzazione del mercato delle grandi locazioni ad uso non abitativo', ha aggiunto un'ulteriore comma all'art. 79 della legge n. 392/78.

19. La più recente ricognizione sul tema in BARGELLI, *Le locazioni abitative*, in *Tratt. dei contratti* diretto da Benedetti e Roppo, II, Milano, 2015, p. 1001 ss.

20. Cfr. CUFFARO, *Le locazioni non abitative*, *ibidem*, p. 1091 ss.

prezzo, rilevante anche sul piano restitutorio positivamente disciplinato (nei commi 1 bis e 5 della disposizione), consentirebbe comunque di individuare un canone di locazione e quindi di ritenere sussistente un rapporto locativo.

Ancora, il rinvio operato nel comma 1 della nuova disposizione alle regole sulla trascrizione delle locazioni ultranovennali, potrebbe altresì valere ad indicare che, in concreto, nel contratto di cui all'art. 23 possa essere comunque individuabile una locazione che, una volta trascritta, sia quindi opponibile anche sul piano della durata nei confronti dell'eventuale successivo acquirente del bene²¹.

Rispetto a tali elementi, ad escludere che il contratto considerato nell'art. 23 possa essere letto come mera combinazione di schemi negoziali tipici, vale un diverso ordine di considerazioni, fondato²² sullo scopo in vista del quale il contratto è concluso; profilo reso esplicito dalla stessa rubrica della disposizione nella quale è testuale il riferimento alla funzione del contratto che viene posto in essere non per consentire il godimento dell'immobile ma in vista del condiviso programma negoziale di trasferimento del bene.

La circostanza che per effetto del contratto il conduttore consegue il godimento del bene immobile impegnandosi contestualmente a corrispondere al proprietario il canone periodico, non vale a ricondurre il negozio al tipo della locazione in quanto anche l'impegno alla prestazione periodica, per la parte in cui è corrispettiva del conseguito godimento, non è l'esito effettivo dell'accordo ma è solo funzionale alla realizzazione del trasferimento dell'immobile che invece costituisce lo scopo sostanziale del programma negoziale.

In altre parole, nel modello contrattuale tracciato e ricavabile dalla norma, il godimento del bene consegnato alla parte individuata come conduttore è solo l'epifenomeno rispetto al trasferimento del diritto reale sul bene cui è indirizzato l'intento comune dei contraenti.

Conferma se ne trae da una pluralità di indici ricavabili dal dettato normativo.

Ad esempio, la previsione del comma 4 della disposizione. La norma, con esclusivo riferimento ai contratti aventi ad oggetto gli immobili ad uso di abitazione, impone il rispetto del dettato dell'art. 8 del d.lgs. n. 122/2005, cioè della previsione che, dettata nell'ambito del provvedimento a tutela degli acquirenti degli immobili da costruire²³, fa divieto al notaio di stipulare l'atto di compravendita se prima non sia stata cancellata ovvero frazionata l'ipoteca trascritta sul bene. Il richiamo a tale previsione di legge - al di

21. Cfr. CUFFARO, art. 1572, in CUFFARO, CALVO, CIATTI, *Della locazione*, in *Il Cod. Civ. Comm.*, diretto da Busnelli, Milano, 2014, p. 66 ss.

22. Come già esposto in CUFFARO, *Locazione di scopo*, in *Giur. It.*, 2015, p. 501 ss.

23. In argomento, MEZZASOMA, *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008, *passim*; CARRABBA, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e tutela di consumatori: il 'divieto' di cui all'art. 8 D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Notariato*, 2006, p. 315.

lità della perplessità determinata dalla difficoltà di configurare «l'immediata concessione del godimento di un immobile» rispetto ad un edificio in costruzione - vale comunque a confermare che lo scopo del contratto di cui all'art. 23 è funzionalmente orientato al programma di acquisto del bene, in misura tale che l'esigenza considerata dal precetto dell'art. 8, d.lgs. n. 122/05 si impone sin dal momento della conclusione del contratto.

La disciplina dettata nel successivo comma 5. Anche la regola dispositiva circa il diritto del concedente, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore, di trattenere integralmente quanto da questi sino ad allora corrisposto costituisce comunque indice significativo che il programma divisato dai contraenti, con l'adozione del modello legale, è sostanzialmente orientato al risultato dell'acquisto del bene, in vista del quale sono stati corrisposti gli acconti del prezzo.

Ancora, il testuale riferimento, nel comma 3, all'art. 2932 cod. civ. sulla tutela in forma specifica, vale infatti a confermare la funzione traslativa propria del negozio.

In definitiva, nel momento in cui l'attenzione dell'interprete viene a focalizzarsi sullo scopo in vista del quale il contratto è concluso, ad escludere che nella specie possa essere ravvisato un contratto di locazione (seppure complementare ad altri contratti) e possa quindi trovare applicazione residuale la relativa disciplina, segnatamente quando il trasferimento non sia stato realizzato (quale che ne sia la ragione), risultano preziosi gli esiti della riflessione svolta a proposito di altro contratto tipico, qual è il mutuo.

Rispetto a tale contratto tipico, non si dubita che per effetto di specifici interventi normativi abbia acquistato autonomo rilievo la figura del 'mutuo di scopo', distinto dallo schema tipico dei negozi di mutuo sotto il profilo strutturale e sotto il profilo causale²⁴. Proprio tale esperienza ha motivo di essere richiamata rispetto alla vicenda negoziale oggetto della nuova disciplina a maggior ragione nel momento attuale in cui anche in giurisprudenza è maturata la convinzione che il requisito della causa deve essere inteso in termini maggiormente aderenti all'intento effettivo che muove le parti all'accordo²⁵.

Sulla scorta di tali indicazioni, l'interprete può allora constatare che rispetto al contratto di cui all'art. 23 lo scopo in vista del quale il bene è consegnato in godimento penetra nella causa e ne costituisce il contenuto, così da consentire di individuare uno specifico ed autonomo schema contrattuale, insuscettibile di essere ricondotto al modello ed alla disciplina del contratto di locazione, cui dunque rimane estraneo, con la conseguenza che al rapporto contrattuale non saranno direttamente applicabili le disposizioni dettate per il contratto di locazione.

24. Cfr. già Cass. 10 giugno 1981, n. 3752 in *Foro it.*, 1982, I, p. 1687; più di recente Cass. 11 gennaio 2001, n. 317, in questa *Rivista*. 2002, 783, con nt. GUCCIONE. Sul tema, v. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, Padova, 1985, spec. p. 212 ss. Per un ampio studio dei percorsi della giurisprudenza e della dottrina sul tema v. R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, in *Tratt. Dir. Comm.* diretto da Buonocore, Torino, 2002, p. 63 ss.

25. Per una efficace sintesi v. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 957 ss.

Nel nuovo ed autonomo schema contrattuale, il diritto di godimento che il conduttore consegue per effetto del contratto non è esclusivamente collegato sul piano sinallagmatico al pagamento del canone, bensì è funzionale al successivo trasferimento della proprietà dell'immobile. In tale prospettiva, lo scopo in vista del quale è attribuito il godimento del bene costituisce il limite funzionale dell'attribuzione, cosicché la mancata realizzazione dello scopo incide direttamente sul complessivo programma negoziale, determinandone la caducazione.

La formula 'locazione di scopo', suggerita per individuare il contratto, trova origine nel predetto ordine di riflessioni, così recependone l'esito.

La conclusione circa l'autonoma connotazione causale del contratto di cui all'art. 23 della legge e la conseguente esclusione che nello stesso possa in qualche modo essere ravvisato un contratto di locazione trova del resto concordi coloro che hanno avuto modo di affrontare il tema²⁶, ed ha infine trovato una, forse inconsapevole, conferma nel successivo accadimento legislativo.

Per mettere a fuoco la portata del successivo intervento normativo che ha integrato il testo dell'art. 23²⁷, merita considerare che rispetto ad una disciplina segnata, come prima rilevato, da una certa disomogeneità quanto alle posizioni dei contraenti, la individuata autonoma connotazione causale del contratto, per un verso, vale ad escludere che al rapporto scaturente dal contratto possano trovare applicazione le disposizioni peculiari della disciplina delle locazioni di immobili urbani (quali, ad esempio, quelle che incidono sulla durata del rapporto, ovvero attribuiscono al conduttore il diritto all'avviamento, o ancora regolano la successione nella posizione contrattuale e la sanatoria della morosità), per altro verso lascia aperto il problema del novero dei rimedi che nel momento patologico possono essere utilizzati in caso di inadempimento.

Sciolto il rapporto contrattuale o non realizzato lo scopo traslativo, sorgono a carico delle parti obbligazioni restitutorie aventi rispettivamente ad oggetto l'immobile dato in godimento al conduttore e parte delle somme percepite dal concedente.

Nella norma di legge è riferimento alla parte degli importi che il concedente dovrà restituire in caso di mancato esercizio del diritto di acquisto (co. 1 bis) ovvero in caso di

26. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 32 ss.; MAZZAMUTO, *Il contratto di Rent to buy*, in *Contr. Impr.*, 2015, p. 952 ss.; GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: profili ricostruttivi*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 798; IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 2015, p. 191; TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, *ivi*, 2014, p. 824; e, se si vuole, già CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 8 ss.

27. Il riferimento è all'art. 4, co. 2-bis del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni in legge 30 giugno 2016, n. 59 che ha aggiunto al comma 2 dell'art. 23 il periodo «Per il rilascio dell'immobile il concedente può avvalersi del procedimento per convalida di sfratto di cui al libro quarto, titolo I, capo II, del codice di procedura civile».

risoluzione a lui imputabile (co. 5, primo periodo), ancora all'obbligo del conduttore di restituzione dell'immobile nel caso di risoluzione a lui imputabile (co. 5, secondo periodo). Obbligo di restituzione che deve ritenersi sussistente anche nell'ipotesi di mancato esercizio del diritto di acquistare. In tal caso, non essendosi realizzato lo scopo in vista del quale il contratto è stato concluso, viene infatti meno per il conduttore la giustificazione causale del conseguito godimento del bene.

Ne disegno originario della norma, le posizioni dei due contraenti non apparivano omogenee sul piano delle tutele.

Infatti, per fermare l'attenzione sulle obbligazioni principali suscettibili di inadempimento, nel caso in cui il concedente ometta (o addirittura rifiuti) di stipulare l'atto pubblico di trasferimento, il conduttore avvantaggiato dalla trascrizione in proprio favore²⁸, potrà avvalersi della esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., realizzando dunque integralmente il proprio interesse, ovvero optare per la risoluzione del contratto facendo valere il proprio credito restitutorio²⁹.

Al contrario, in caso di inadempimento del conduttore - ed in disparte la scelta normativa di predeterminare la misura dell'inadempimento rilevante (importo non inferiore ad un ventesimo del numero complessivo dei canoni previsti: art. 23, co. 2) con una regola che riecheggia quella dettata in materia di mutuo fondiario³⁰ - il concedente non aveva a disposizione strumenti di pari efficienza quanto alla attuazione del proprio interesse, indirizzato principalmente ad ottenere il rilascio dell'immobile.

Subito l'inadempimento, il concedente ha diritto a chiedere la risoluzione del contratto; a ritenere a titolo di indennità quanto sino ad allora versato dal conduttore in conto prezzo; nonché, con una formula (art. 23, co. 5) apparentemente superflua, pretendere la restituzione dell'immobile. Regola, quest'ultima, che non è tuttavia espressamente dettata nel caso di «*mancato esercizio del diritto di acquisto*».

La disomogeneità tra le due posizioni contrattuali sta dunque in ciò che il conduttore, già nel godimento del bene, potrà ottenere coattivamente il titolo che realizza coattivamente l'acquisto dell'immobile, mentre il concedente per ottenere la restituzione del bene dovrà necessariamente munirsi del titolo esecutivo per l'azione di rilascio.

Titolo esecutivo conseguibile solo all'esito del giudizio di cognizione poiché, di fronte al tenore testuale della norma del codice di rito, giurisprudenza e dottrina sono ferme nell'escludere la possibilità di un'applicazione analogica delle norme sul procedimento di sfratto³¹

28. Non va dimenticato che ai sensi dell'art. 2465-bis co. 3, la trascrizione perde efficacia trascorso un anno dalla scadenza del termine per la stipula del definitivo.

29. Non è da escludere che possa altresì essere ritenuto ammissibile il diritto di ritenzione del bene sino a quando il concedente non adempia l'obbligazione di restituire gli importi dovuti.

30. Cfr. art. 40 t.u.b. che individua quale ragione di risoluzione del contratto il ritardato pagamento di sette rate anche non consecutive di restituzione del prestito.

31. Cfr., per tutti, PREDEN, *Sfratto (procedimento per convalida di)*, in *Enc. Dir.*, XLII, 1990, p. 433.

Constatata la disomogeneità, l'intervento normativo vi ha posto rimedio, consentendo al concedente il ricorso al più agile procedimento sommario di sfratto che può essere esercitato come rimedio alla morosità del conduttore in corso di rapporto (art. 658 c.p.c.) ovvero alla intervenuta scadenza del contratto (art. 657 c.p.c.) per ottenere la restituzione dell'immobile.

Sembra di poter osservare che proprio la novella vale dunque a confermare che il *rent to buy* o, se si preferisce, la locazione di scopo costituisce uno specifico schema contrattuale contraddistinto da una causa autonoma, per nulla riconducibile al contratto di locazione *ché*, altrimenti, l'integrazione apportata all'art. 23 sarebbe stata superflua.

“GIUSTIZIA CONTRATTUALE”: CONSIDERAZIONI PRELIMINARI (DALLA PROSPETTIVA DEL CIVILISTA)*

GIOVANNI D'AMICO

Prof. ordinario Università di Reggio Calabria

SOMMARIO: 1. Premessa. “Giustizia contrattuale” e regolamentazione eteronoma del contratto. – 2. *Segue*: “giustizia contrattuale” e tutela dell’integrità del consenso. – 3. “*Qui dit contractuel dit juste*”? L’abbandono dell’idea che fa(ceva) coincidere “autonomia contrattuale” e “giustizia”, e la emersione dell’esistenza di “distorsioni (o fallimenti) del mercato” come causa di regolamenti “iniqui”. La normativa “antitrust” e la “costruzione” del mercato concorrenziale. – 4. Un esempio emblematico di intervento normativo volto a correggere squilibri (o “fallimenti”) *di mercato*: la disciplina dei contratti dei consumatori e le sue premesse teoriche (cenni alla “dottrina ordoliberal”). – 5. Conclusioni dell’indagine “preliminare”.

1. Premessa. “Giustizia contrattuale” e regolamentazione eteronoma del contratto.

Affrontare il tema della “giustizia contrattuale” impone, più di quanto accada con altri argomenti, la necessità di precisare *in limine* (quanto meno a livello “stipulativo”) il significato secondo il quale si assumerà la nozione oggetto di indagine.

Il termine “giustizia contrattuale” è suscettibile, invero, di evocare molteplici problemi¹, ed è indispensabile pertanto delimitare il terreno sul quale verrà condotta la discussione.

La “giustizia” *del* contratto (o - se si vuole - *nel* contratto) – se si conviene di intenderla in termini “contenutistici” (e non meramente “procedurali”²) – sembra, intuitivamente,

*. Il testo che si pubblica mantiene il carattere (in funzione del quale è stato pensato) di una introduzione generale (sia pure dalla prospettiva specifica del civilista) al tema della “*Giustizia contrattuale*”, in occasione di un Seminario svoltosi a Reggio Calabria il 3 giugno 2016. Ciò giustifica il fatto che le indicazioni bibliografiche siano limitate all’essenziale (e, comunque, non abbiano minimamente aspirazione alla completezza), al fine di non appesantire in maniera eccessiva l’esposizione.

1. Ne fornisce riprova l’interessante raccolta giurisprudenziale curata da CHIODI, *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Milano, 2009, nella quale compaiono sentenze che vanno dalla materia della clausola penale eccessiva a quelle degli interessi usurari, dalla presupposizione alla clausola *rebus sic stantibus*, alle clausole vessatorie nei contratti di adesione; e così via.

2. Anche le concezioni “procedurali” finiscono per presupporre una nozione “contenutistica” (o “sostanziale”, che dir si voglia) della “giustizia contrattuale”; solo che esse ritengono che l’obiettivo di un contratto “giusto” possa (e debba) essere conseguito non *in via diretta* (e con interventi eteronomi), bensì assicurando le condizioni di esplicazione effettiva della *autonomia privata* e/o (per quanto possibile) l’equilibrio delle “posizioni di partenza” dei contraenti (si pensi, ad es., alla funzione della contrattazione collettiva nel diritto del lavoro, come strumento per “riequilibrare” la disparità di forza contrattuale che altrimenti caratterizzerebbe la contrattazione tra il datore di lavoro e il singolo lavoratore). Risulta peraltro abbastanza evidente che non esiste (in concreto) una *alternatività assoluta* tra i due modi di intendere e di realizzare la “giustizia contrattuale” indicati nel testo, perché nella realtà degli ordinamenti *il legislatore* utilizza entrambi, anche se - almeno *tendenzialmente*

evocare un “equilibrio” (una “proporzione” o anche una “equivalenza”) tra le prestazioni che attraverso il contratto le parti programmano di scambiarsi³. Può aggiungersi che chi assume che la “giustizia” (nel senso appena indicato) costituisca un dato che *deve* caratterizzare *sempre* il contratto (ad es. in virtù dell’applicazione di una clausola generale, o

- il principio di autonomia contrattuale dovrebbe indurre ad interventi *diretti* sul contenuto contrattuale solo quando l’obiettivo della “giustizia” (del contratto) non possa essere raggiunto (adeguatamente e/o con certezza) attraverso l’esplicazione “corretta” (ossia rispettosa delle regole “procedurali”) dell’autonomia privata. Il variabile dosaggio tra “autonomia (regolata)” ed eteronomia è, peraltro, un dato che - a propria volta - non può essere fissato *a priori* e in maniera immutabile, perché esso è soggetto a modificarsi nel tempo, in relazione ai *contesti generali* che sul piano sociale ed economico caratterizzano le varie epoche. Così - per fare soltanto qualcuno dei tantissimi esempi che potrebbero farsi - la vicenda del contratto di locazione di immobili urbani (in particolare *ad uso abitativo*) ha visto - dal 1978 (anno in cui fu emanata la legge c.d. sull’equo canone) ad oggi - succedere ad una fase di notevole compressione dell’autonomia contrattuale (con un incisivo intervento diretto sul contenuto del contratto) una fase in cui - al fine di “sbloccare” e rivitalizzare il mercato delle locazioni - si è ripristinata (almeno parzialmente) la libertà delle parti di determinare il regolamento negoziale, sia pure nel quadro di modalità di contrattazione (c.d. “assistita”) volte a “riequilibrare” le posizioni contrattuali “diseguali” dei contraenti.

3. Due osservazioni, a integrazione dell’affermazione di cui al testo: a) la prima consiste nell’evidenziare come sia implicita, nella delimitazione suggerita, l’assunzione che la “giustizia contrattuale” abbia a che fare soprattutto (anche se non esclusivamente) con il contenuto “economico” del contratto, benché sia indubitabile che un problema di “equilibrio” si possa porre (e si ponga) anche con riferimento al contenuto c.d. “normativo” (nel § 4, del resto, prendiamo in esame la disciplina delle “clausole vessatorie” nei contratti dei consumatori, che è diretta a porre rimedio - tipicamente - proprio ad uno squilibrio “normativo”), e benché si debba ulteriormente avvertire che la distinzione tra contenuto “economico” e contenuto “normativo” del contratto non può che essere concepita come relativa (è evidente, infatti, che le clausole “normative” sono spesso connesse a quelle economiche: basti pensare - ad es. - al caso delle garanzie, delle clausole di esonero da responsabilità, ecc.); b) la seconda consiste nel sottolineare come la nozione in tal modo individuata (stipulativamente), evocata - con tutta evidenza - un problema di “giustizia commutativa”, non anche di “giustizia distributiva” (o di “giustizia sociale”), la quale ultima - a nostro avviso - è, *come tale*, estranea al tema della giustizia contrattuale *in senso stretto*, intesa (secondo un ulteriore assunto dal quale muoviamo) come “giustizia” che debba/possa essere assicurata attraverso un intervento giudiziale, correttivo del contenuto contrattuale. La “giustizia sociale” - *in linea di principio* - non può, infatti, che essere affidata a interventi (necessariamente del legislatore, e non del giudice) che facciano gravare sulla “fiscalità generale” l’onere di assicurare alcune prestazioni “sociali”, evitando di far ricadere quest’onere su alcuni soggetti (privati)soltanto, e non sugli altri (sul punto si vedano anche le condivisibili considerazioni di NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss., spec. p. 1285 ss., dove - fra l’altro - si afferma con decisione che «al contratto rinnega se stesso se è orientato verso la logica distributiva»; ritiene invece che «nell’esperienza giuridica contemporanea, va[da] emergendo, anche se in maniera non sempre uniforme, una tendenza a considerare il contratto anche come strumento di giustizia distributiva», LIPARI, *Intorno alla “giustizia” del contratto*, in *Id.*, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 235 ss., p. 263.). Quel che, al più, sembra potersi dire è che «anche dal contratto, se improntato a giustizia, possa venire - trattandosi di fatto dotato di sicura rilevanza economica e a volte anche di particolare valore sociale (si pensi al contratto di lavoro nella prospettiva dell’art. 36, comma 1, Cost.) - un contributo non secondario alla costruzione di una moderna economia sociale di mercato e dunque alla realizzazione di una maggiore giustizia sociale» (così SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi. Fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore* a cura di E. Navarretta, Milano, 2007, p. 253 ss., p. 255, e poi anche in SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalitità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 363).

di uno o più principi costituzionali che siano riferibili a qualsiasi contratto, e non solo a “fattispecie” particolari), ipotizza (implicitamente) che possa/debba individuarsi un *rimedio* per il caso in cui la singola stipulazione appaia “squilibrata” (o “sproporzionata”), rimedio che implica naturalmente un sindacato (giudiziale) sull’atto di autonomia negoziale che in ipotesi venga valutato come “ingiusto”. Sotto questo profilo, il problema della giustizia contrattuale si risolve nel problema del *controllo giudiziale sul contenuto del contratto* (e in tali termini esso sarà, principalmente, considerato nel presente contributo).

In tale prospettiva, un problema di “giustizia contrattuale” (nel senso specifico appena indicato) sembra potersi porre solo per quei regolamenti contrattuali (o per quelle *parti* dei regolamenti contrattuali) che sono effettivamente lasciati alla regolamentazione *autonoma* dei contraenti. Quando, invece, il contenuto del contratto sia predeterminato (in maniera più o meno ampia) dal legislatore, con previsioni che possano considerarsi imperative (ossia non derogabili dai privati), non c’è spazio per un problema di “giustizia contrattuale” (nel senso specifico che qui intendiamo). Il che non vuol dire – beninteso – che la “giustizia” sia estranea in questi casi all’operazione economica considerata (ché - anzi - proprio esigenze di “giustizia contrattuale”⁴ sono alla base, assai spesso, delle norme cogenti⁵ che il legislatore detta per il contratto, o per specifici contratti, come ad es. il contratto di lavoro)⁶, ma vuol significare, piuttosto, che – in presenza di una disci-

4. Magari anche di “giustizia distributiva”, e non soltanto di “giustizia commutativa” (v. la nota precedente). È assai diffusa, peraltro, l’idea che «l’uso del diritto privato per finalità redistributive sia immancabilmente destinato a generare esiti allocativi inefficienti, a danno di quelli che si vorrebbero proteggere» (lo ricorda CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*. Annali, VII, Milano, 2014, p. 447 ss., spec. p. 455 e nt. 53, ove richiami al dibattito su questo tema; e v. anche ivi, § 7, p. 457 ss., dove peraltro si prospetta una singolare idea di “giustizia distributiva” - identificata con la «redistribuzione di ricchezza da chi detiene l’informazione a chi ne è privo» -, che porterebbe ad ascrivere agli interventi volti a realizzare la giustizia “distributiva” anche l’imposizione di obblighi di informazione, che solitamente sono visti come strumento della giustizia c.d. “procedurale”).

5. Il problema della “giustizia” (nel senso specifico di temperamento equilibrato degli interessi dei contraenti) non è estraneo, ovviamente, neanche alla formulazione del c.d. “diritto dispositivo”, ma la “derogabilità” di questo diritto fa assumere alla “giustizia” di cui esso sia in ipotesi espressione un significato diverso da quello di cui si può parlare con riguardo al diritto cogente.

6. Cfr. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. Disc.prin./Dir. civ.*, Aggiornamento, VII, Torino, 2012, p. 534 ss., p. 535, ove si legge espressamente che «Il diritto italiano concede alla giustizia contrattuale uno spazio ampio», affermazione che viene subito esplicitata osservandosi che «Nel nostro sistema, se l’ingiustizia si accompagna al consapevole sfruttamento scattano i rimedi intitolati all’incapacità naturale, allo stato di pericolo e di bisogno. Richiami alla giustizia, all’equità, alla buona fede, all’eccessiva onerosità intervengono in tema di arbitrio mero e boni viri, di interpretazione e integrazione del contratto, di eccezione di inadempimento e di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità e per inadempimento. Le clausole vessatorie sono osteggiate (ma la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non dipende mai dall’adeguatezza del corrispettivo). Il requisito della causa è altamente proclamato. I calmieri, le proroghe, i blocchi dei contratti sono all’ordine del giorno [...]». Si noti come - nell’elencazione di Sacco, appena riportata - si mescolino interventi legislativi volti ad assicurare la giustizia “sostanziale” del regolamento contrattuale, con interventi che più specificamente attengono a quella che potrebbe chiamarsi la giustizia “procedurale” della contrattazione (si pensi alla disciplina dei vizi del consenso).

plina legislativa specifica volta ad assicurare la “giustizia” del contratto (si pensi ad es. alla normativa sul c.d. “*equo canone*”, che era stata dettata in materia di locazioni di immobili urbani ad uso abitativo nella originaria formulazione della L. 392/1978) – non c’è spazio per un *ulteriore* controllo (*sotto questo profilo*) dell’atto di autonomia privata, ma occorrerà soltanto verificare la conformità o meno di esso alla normativa cogente (e, dunque anche - ma solo *indirettamente* - agli scopi di “giustizia” che essa, in ipotesi, persegua)⁷.

Non è detto peraltro che *legalità* e *giustizia* siano sempre coincidenti (ossia che il regolamento *legale* sia un regolamento *anche* “giusto”, nel senso - qui assunto - di *rispondente a un criterio di “equilibrio” o “proporzionalità” tra le prestazioni*), in quanto è ben possibile che l’intervento legislativo (imperativo) risponda ad esigenze diverse, e miri a conseguire obiettivi differenti da quello della giustizia “commutativa”⁸. Per un verso, infatti, la “giustizia” che il legislatore intenda perseguire potrebbe essere una giustizia “distributiva”, e non soltanto (o non anche) “commutativa”⁹. Per altro verso, invece, può ben accadere che l’obiettivo che il legislatore si proponga di raggiungere (dettando la disciplina cogente di un determinato rapporto contrattuale) sia un obiettivo diverso da quello di una determinazione “equilibrata” delle prestazioni: ciò è abbastanza evidente nel campo dei “prezzi imposti”, dove ad es. il prezzo *elevato* di un prodotto (non corrispondente al suo effettivo

7. Una singolare previsione, che sembrava suggerire l’idea che il regolamento dettato dalla legge potesse essere considerato dal giudice come “iniquo” (*recte*: non escludere un ulteriore valutazione giudiziale circa l’equità del contratto) – tanto da indurre a scartarlo come regolamento da sostituire a quello convenzionale invalido, preferendo piuttosto utilizzare a tale fine una “misura” individuata dallo stesso giudice, e in ipotesi diversa anche da quella “legale”) – era quella contenuta (prima che la previsione del potere integrativo del giudice venisse eliminata dal d.lgs. n. 192/2012) nell’ultimo comma dell’art. 7 del d.lgs. 231/2002 sui “ritardi di pagamento”, il quale stabiliva che «Il giudice, anche d’ufficio, dichiara la nullità dell’accordo e, avuto riguardo all’interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali *ovvero riconduce ad equità il contenuto dell’accordo medesimo*», quasi che applicazione dei termini legali e riconduzione ad equità potessero divergere).

8. Cfr. SACCO, op. cit., p. 536, laddove l’A. osserva che «da legalità non è una garanzia di giustizia», in quanto «motivi di ogni genere possono consigliare al politico, cioè al legislatore, di imporre un prezzo che non ha carattere di giustizia. Può farlo per scoraggiare un consumo, per proteggere una data classe di cittadini. Lo scopo può essere sublime; ma la giustizia contrattuale non è posta in atto da ogni possibile modo di protezione di un interesse socialmente apprezzabile [...]».

9. Potrebbe esemplificare questa ipotesi proprio il caso (che abbiamo già richiamato nel testo) della legge sull’*equo canone* del 1978, intervento al quale non erano estranei obiettivi di giustizia “distributiva” (o, se si vuole, di “giustizia sociale”). E così, per quanto riguarda la disciplina delle locazioni commerciali, era sottesa alla legge l’idea di un trasferimento di ricchezza dalla “rendita” al “profitto” (dalla proprietà all’impresa); mentre, per quanto riguarda le locazioni ad uso abitativo, si era inteso (nella formulazione originaria dell’intervento normativo) favorire la realizzazione dell’obiettivo (di giustizia) “sociale” di consentire l’accesso al “bene-casa” (per realizzare l’interesse fondamentale all’abitazione), facendo (parzialmente) gravare sui privati (proprietari di immobili urbani) il costo di questo risultato (salvo poi a rendersi conto che lo strumento prescelto ha avuto sovente l’effetto di inaridire il mercato delle locazioni o, alternativamente, di alimentare - di fatto - una vasta area di violazione della legge). Un altro esempio di “giustizia distributiva” perseguita attraverso il contratto potrebbe essere fornito dalla normativa sui contratti agrari degli anni ’60 e ’70 del secolo scorso.

valore, o al prezzo che si formerebbe “spontaneamente” sul mercato) può essere stabilito (in genere, da una autorità amministrativa o da un’agenzia regolatoria) per scoraggiare (poniamo) il consumo di quel bene, ovvero per (altre) ragioni che comunque prescindono dalla “equivalenza” tra le prestazioni delle parti¹⁰.

Quanto sin qui detto consente, dunque, di tenere fuori dal campo di analisi (per le ragioni e con le precisazioni appena svolte) le ipotesi in cui il contenuto del contratto sia (in tutto o in parte) *eterodeterminato*, e pertanto la “giustizia” (o magari - per quanto appena detto - la “ingiustizia”) di esso non inerisca – propriamente parlando – al contratto *in quanto tale* (ossia come atto espressione di autonomia privata), bensì alla legge (o al provvedimento amministrativo)¹¹ al quale il contratto si conforma (recte: *deve conformarsi*). Del

10. Magari facendo gravare sul bene una forte imposizione fiscale : si considerino, ad es., le “accise” su beni come le sigarette, o la benzina. Si osservi che può parlarsi di “prezzo legale” non soltanto quando il prezzo sia *direttamente* fissato da una autorità pubblica, ma anche quando sulla sua entità (lasciata in qualche modo, o entro determinati margini, alla libertà dell’imprenditore) influiscano *in maniera determinante* provvedimenti pubblici come agevolazioni, incentivi, sgravi, ecc. Questi provvedimenti - come accenniamo nel testo - hanno talora lo scopo di promuovere la “giustizia” dello scambio contrattuale, ma - spesso - si propongono altri obiettivi, come quello di incentivare l’acquisto di determinati beni (ad es. automobili con motore elettrico) o di indurre l’impresa ad offrire un servizio che altrimenti sarebbe “antieconomico” erogare (in quest’ultimo caso, sovente la P.A. accorda all’imprenditore una “concessione” di esercizio esclusivo, e stipula con lo stesso un “contratto di servizio” con il quale si impegna a “riparare” le perdite conseguenti allo svolgimento del servizio di interesse sociale). Come scrive SACCO (op. cit., p. 536) «Queste misure bloccano l’attività degli operatori capaci di produrre e offrire il prodotto al prezzo quale si formerebbe in regime di mercato, ma non adatti a produrre al prezzo legale; oppure incoraggiano a produrre a costi che risultano vantaggiosi solo perché il produttore ovviamente non conteggia tra gli elementi del costo quelli che l’incentivo pone a carico della collettività. Il disastroso crollo delle economie fondate sul piano ha travolto anche il mito del prezzo imposto, fissato da un’autorità paziente e paterna [...]».

11. Questo è quanto accadeva (e, in parte, accade ancora) negli ordinamenti di “area socialista” in virtù della c.d. “pianificazione” che caratterizzava quei sistemi economici. In questi ordinamenti, l’economia (fondata sulla proprietà statale dei mezzi di produzione) era regolata in base ad una “pianificazione”, che partiva da un “piano di Stato” (*gosplàn*), della durata di un quinquennio, e si articolava e si specificava, poi, in piani annuali, piani territoriali e piani settoriali, fino ad arrivare a piani (*narjad*) che avevano come destinatari le singole imprese. «[...] Il piano vincolava l’impresa alla conclusione di contratti funzionali allo svolgimento della relativa attività. Il *narjad* infatti precisava le condizioni, le quantità e i soggetti dai quali l’impresa doveva approvvigionarsi di materie prime, come quelli cui doveva destinare i propri prodotti. I *narjady* di più imprese in rapporti economici [tra di loro] riportavano dunque voci simmetricamente contrapposte ...» (così N. DE LUCA, *Russia*, in Aa.Vv., *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, a cura di A. Diurni, Milano, Giuffrè, 2008, p. 311 ss., spec. p. 319 ss.). Come scrive SACCO, *Giustizia contrattuale*, p. 536, «da questi contratti “economici” esulava l’autonomia (tranne che per la definizione di dettagli, quali le date delle consegne). La merce prodotta veniva alienata – alla fine del ciclo – al consumatore, in specie al cittadino, ad un prezzo prefissato (...). La giustizia qui non consisteva nella proporzione fra il prezzo e la merce (nei contratti tra imprese, l’uno e l’altra escono da una tasca dello Stato per entrare in un’altra tasca - del medesimo Stato), ma nella ragionevolezza con cui si tratteggiano le priorità dei bisogni da soddisfare. La giustizia contrattuale sarà tutt’uno con la giustizia del piano. Il contratto si limita ad eseguire il piano» (corsivo aggiunto). Detto altrimenti, i contratti posti in essere in attuazione del “piano” possono - nel contesto considerato - dirsi “giusti” o “ingiusti”, a seconda della “giustizia” o “ingiustizia” del piano, il quale, poi - naturalmente - potrebbe non preoccuparsi della “giustizia” del singolo scambio (imponendo, ad es., che un certo bene “essenziale” sia commercializzato a prezzi inferiori ai costi di produzione) purché

resto, in questi casi (o in alcuni di essi) – anche quando la (etero-)regolamentazione del prezzo sia dettata da ragioni di “giustizia” – potrebbe trattarsi non tanto della giustizia *del contratto* in sé considerato, quanto semmai di una “giustizia” che viene perseguita (dalla pubblica autorità) *attraverso il contratto* (piuttosto che con altri mezzi)¹², e che non implica necessariamente (anche) la giustizia *del (singolo) contratto*.

Ciò comporta anche che – varie potendo essere le *rationes* che, di volta in volta, giustificano (e stanno alla base del) l'intervento imperativo sul regolamento negoziale (in particolare nella forma della determinazione della *misura dello scambio*, che potrebbe essere determinata da motivazioni diverse dall'esigenza di assicurare un “equilibrio” e/o “proporzione” tra le prestazioni)¹³ – è difficile immaginare che da queste normative si possa ricavare un *principio generale*. Anche ad abbandonare l'argomento secondo il quale si tratterebbe di normative “eccezionali” (argomento che presuppone che si muova dall'assunto che esista un generale principio di “libertà contrattuale”, al quale porterebbero deroga le disposizioni che introducono limiti all'autonomia privata), non è nemmeno agevole ritenere che queste disposizioni siano (all'opposto) espressione - esse - di un “principio generale”¹⁴.

2. Segue: “giustizia contrattuale” e tutela dell'integrità del consenso.

C'è un altro modo (diverso da quello, sin qui esaminato – consistente nel fissare *direttamente*, con una disciplina cogente, il contenuto del contratto) mediante il quale l'ordinamento giuridico si fa carico (questa volta, in maniera *indiretta*) del problema che il contratto non finisca per contenere pattuizioni “inique” (che svantaggino ingiustamente una parte, avvantaggiando l'altra).

sia assicurata *complessivamente* la “giustizia” nella distribuzione delle risorse e dei beni nell'ambito del sistema economico generale.

12. Non c'è dubbio, ad es., che la P.A. potrebbe farsi carico *direttamente* del servizio “antieconomico” (ma di “utilità sociale”), come è accaduto per un certo periodo con le “aziende municipalizzate” gestite dai Comuni per l'erogazione di alcuni tipi di servizi essenziali (trasporto locale, erogazione dell'acqua, dell'elettricità, ecc.), prima che si adottasse il modello della trasformazione di tali aziende in società per azioni (formalmente autonome, anche se sostanzialmente “controllate” dagli enti pubblici, che sovente detengono le partecipazioni societarie maggioritarie).

13. E cfr. ancora SACCO, op. cit., p. 536, il quale scrive (con la solita efficacia) : «... La domanda è questa : lo scambio in cui l'ammontare delle prestazioni è direttamente fissato dal diritto è esso intrinsecamente, ontologicamente giusto ? La conformità al volere del legislatore è giustizia? Il prezzo giusto a Ginevra sarà ingiusto ad Aosta ove vige un'altra legge e opera un'altra autorità ? Il prezzo giusto ieri sarà ingiusto questa mattina, se la legge è cambiata ? – La risposta alle domande ora fatte è certa. (...) – Quando il legislatore fissa un prezzo, quasi sempre vuole fissare un prezzo giusto. Interviene proprio perché vuole che il prezzo sia giusto. E, auguriamoci, molte volte esso sarà giusto. Ma la sua giustizia non dipende dalla sua legalità ...».

14. V., ad es. – volendo esemplificare due diverse posizioni al riguardo – da un lato, GENTILI, *De jure belli: L'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 27 ss., p. 52, dall'altro, VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 53 ss., p. 58 (nonché ID., *Asimmetrie e rimedi fra disciplina generale e norme di settore*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore* a cura di E. Navarretta, Milano, 2007, p. 393 ss.; *Il contratto senza numeri e senza aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contratto e impr.*, 2012, p. 1190 ss.).

Questo modo è costituito dalla disciplina dei *vizi del consenso* (errore, violenza, dolo, altri eventuali “vizi del volere” individuati dal legislatore), in presenza dei quali - naturalmente - il tema dell’ “equilibrio” tra le prestazioni previste nel contratto è destinato certamente a porsi, perché in tal caso il *consenso* pur formalmente prestato dal contraente a quel determinato regolamento negoziale non garantisce (nemmeno *in astratto*) che un ipotetico svantaggio patrimoniale sia stato da lui effettivamente valutato ed accettato¹⁵.

Due circostanze vanno tuttavia subito evidenziate:

a) la prima è che la disciplina dei vizi della volontà mostra (almeno nel nostro ordinamento) come il legislatore intenda tutelare l’integrità del consenso *anche indipendentemente dall’esistenza di un pregiudizio patrimoniale*, tant’è che l’annullamento del contratto può essere chiesto *pur quando difetti un siffatto pregiudizio* (essenziale è solo l’esistenza del vizio del volere)¹⁶;

b) la seconda è che l’esistenza del vizio del volere (e del connesso - eventuale, se pur probabile - “squilibrio” contrattuale) non sempre determina l’annullabilità del contratto (l’errore deve essere *ricognoscibile*, il dolo deve essere *determinante*, la violenza deve essere *idonea fare impressione su una persona sensata*, ecc.); in particolare, non è causa di annullabilità del contratto l’errore *sui motivi*, e in specie *l’errore sul valore* (o sulla convenienza economica), come pure non comporta annullabilità il raggirio che abbia soltanto *inciso* sulle condizioni patrimoniali di un contratto che il *deceptus* avrebbe comunque concluso, se pure a condizioni diverse (art. 1440 c.c.).

Tutto ciò mostra che *nemmeno quando il consenso sia “viziato”* è possibile sempre far valere l’iniquità/ingiustizia del contratto (ossia uno “*squilibrio*” economico che, in ipotesi, sussista tra le prestazioni). Anche per questa ragione, si conferma dunque che dalla disciplina dell’annullabilità per vizi del consenso non si può trarre un “principio generale” che escluda la validità (e l’efficacia) di un contratto affetto (in ipotesi) da squilibrio economico. Di più: nei limiti in cui questa disciplina tutela il contraente (anche) contro lo squilibrio, essa mostra di farlo non tanto in considerazione dello squilibrio *in sé* quanto piuttosto per la presenza del vizio del consenso (che ne abbia - in ipotesi - costituito il presupposto).

15. Alla disciplina dei vizi del consenso può essere accostata, sotto il profilo che qui interessa, la disciplina dell’*incapacità naturale* (art. 428 c.c.), che prevede che l’annullamento dei contratti non possa essere pronunciato se non quando per il *pregiudizio* che dall’atto possa conseguire all’incapace risulti la *mala fede* dell’altro contraente (salvo poi a vedere se tale mala fede si risolva nella mera consapevolezza dello stato di incapacità naturale in cui versa la controparte, ovvero richieda un comportamento attivo di *approfittamento* di tale condizione).

16. Altro è che possa ritenersi che sia proprio la supposizione secondo cui una volontà “viziata” non è in grado di effettuare una corretta valutazione di *convenienza economica* a costituire la ragione principale (se pure non esclusiva) della disciplina dei vizi del consenso. Non potrebbe, invece, dirsi che questa disciplina si faccia carico anche di una *ratio* di tutela *del mercato*, in quanto essa prende in considerazione (solo) *occasionalmente ed episodiche deviazioni* da uno standard di comportamento *razionale*, tali da non costituire (nella maggior parte dei casi, almeno) un fatto idoneo ad incidere sulle dinamiche di mercato.

Quanto appena detto vale – *mutatis mutandis* – anche in presenza di quelle situazioni (“stato di bisogno”, “stato di pericolo”) che – ai sensi degli artt. 1447 e 1448 c.c. – costituiscono il presupposto della *rescindibilità* del contratto. In questo caso, all’“iniquità” del regolamento contrattuale viene dato rilievo *indipendentemente dall’esistenza di un vizio del consenso*¹⁷, ma – ancora una volta – il legislatore non mostra di volere in tal modo applicare (o esplicitare) un principio *generale* che imponga nei contratti l’“equivalenza” delle prestazioni tra le parti. Intanto, perché solo la lesione *ultra dimidium* legittima il contraente a chiedere (ex art. 1448 c.c.) la rescissione del contratto; ma, soprattutto, perché proprio in questa norma trova conferma *a contrario* che lo squilibrio (economico) tra le prestazioni non costituisce *di per sé* causa di invalidità e/o impugnabilità del negozio, tale potendo diventare solo in presenza di qualche *ulteriore requisito* (che, nel caso della rescissione per lesione, è costituito dallo “stato di bisogno” del contraente)¹⁸.

Conclusioni, quest’ultima, che non è destinata a mutare neanche di fronte a quella che appare oggi come la previsione più ampia (e più generale) che dà rilevanza, nel nostro ordinamento, al profilo della “lesione”. Intendiamo riferirci alla disposizione del nuovo art. 644 c.p. (quale risultante dopo la modifica introdotta dalla L. n. 108/1996), che, nel punire il reato di usura, dispone (al 3° comma) che «La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari», aggiungendo che «sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e *gli altri vantaggi o compensi* che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari,

17. Anche se è diffusa la considerazione della disciplina della “lesione” come previsione di un c.d. “quarto vizio del consenso”.

18. Concetto recentemente ribadito da Cass. 4 novembre 2015, n. 22567 (Pres. Forte, rel. Nappi), dove si legge che «Lo squilibrio economico iniziale tra le prestazioni può rilevare ai fini della rescissione del contratto a norma dell’art. 1447 c.c. o dell’art. 1448, in considerazione dello stato di bisogno o di pericolo di alcuno dei contraenti, oppure può rilevare ai fini dell’annullabilità a norma dell’art. 1428 c.c. del contratto stipulato da persone incapaci; *ma, di regola, lo squilibrio iniziale delle prestazioni non determina di per sé la nullità del contratto*». Nella motivazione della sentenza si legge ancora che «Secondo la giurisprudenza più recente... lo squilibrio economico originario non priva di causa il contratto, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell’autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive. Si ritiene dunque che, salvo particolari esigenze di tutela, “le parti sono i migliori giudici dei loro interessi”». È appena il caso di osservare, poi, che diversa da una nullità del contratto per sproporzione tra le prestazioni (nullità - come appena detto - da escludere), e diversa altresì dalla rescindibilità del contratto ex artt. 1447 e 1448 c.c., è la “inefficacia” dello stesso a seguito dell’esercizio (da parte dei creditori) dell’azione revocatoria. In particolare, con riferimento all’imprenditore fallito, l’art. 67 l. fall. (in sede di disciplina dell’azione revocatoria fallimentare), nella sua attuale versione (risultante dalla modifica introdotta con D.L. 14.3.2005 n. 35, conv. nella L. 14.5.2005, n. 80), prevede che «Sono revocati, salvo che l’altra parte provi che non conosceva lo stato d’insolvenza del debitore: 1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, *in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso ...*» (nella versione precedente si parlava di atti a titolo oneroso compiuti *nei due anni* precedenti la dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite e le obbligazioni assunte dal fallito «*sorpassano notevolmente* ciò che a lui è stato dato o promesso»).

risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria».

Prescindendo qui dalla previsione (cui allude l'inciso iniziale della disposizione citata) della c.d. «usura in astratto» (che riguarda soltanto il mutuo e gli altri contratti di «finanziamento», in cui il corrispettivo è costituito dagli «interessi»), quanto alla previsione (*di più vasto ambito di applicazione*¹⁹, e quindi maggiormente significativa ai fini del nostro discorso) della c.d. «usura in concreto» (cui si riferisce la seconda proposizione del 3° comma dell'art. 644 c.p.), è agevole osservare come la norma richieda comunque che la valutazione del carattere (eventualmente) usurario [degli interessi, se pur sotto-soglia, o] degli «altri vantaggi o compensi» possa essere formulata qualora essi risultino *sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità*, ma a condizione (altresi) che *chi li ha dati o promessi si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria* (presupposto ulteriore, senza il quale la semplice «sproporzione» - che non raggiunga la soglia della «usura in astratto»²⁰ - non basterebbe a rendere nulla la pattuizione).

19. Perché non riguarda soltanto gli «interessi», bensì qualsiasi «prestazione di danaro o di altra utilità», e dunque si applica non soltanto ai contratti di finanziamento ma (tendenzialmente) a qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive e/o a qualsiasi forma di «utilità» che possa configurarsi a favore di uno dei contraenti (ad es. costituisce - sotto questo profilo - una tipica pattuizione «usuraria» il patto commissorio [non a caso vietato dall'art. 2744 c.c.], che consente al creditore di lucrare [sia pure per effetto dell'inadempimento di controparte] un «vantaggio» eccessivo, rappresentato dal maggior valore del bene che il creditore acquisisce in proprietà rispetto all'entità del credito, non diversamente da quanto sarebbe accaduto se il mutuante avesse preteso la restituzione della somma consegnata al mutuatario *maggiorata di interessi particolarmente elevati*) (e v. Cass. 26 gennaio 1980, n. 642, sebbene la pronuncia sembri riferirsi ad una ipotesi di *datio in solutum*, senza la previa stipula di una pattuizione commissoria: «Il trasferimento della proprietà di un bene il cui valore sia di gran lunga superiore all'ammontare del debito che con quel trasferimento venga pagato integra quel vantaggio usurario che vale a configurare il delitto di usura previsto dall'art. 644 c.p., sicché, ove sia dedotto come fatto costitutivo della rescissione del contratto per lesione «*ultra dimidium*», il giudice deve accertare la sussistenza di tale fatto e la correlativa configurabilità, in concreto, del delitto di usura al fine di applicare all'azione di rescissione la prescrizione prevista per l'azione penale relativa a tale delitto»). Più in generale, è da ritenere che *qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive* (ad es. una vendita) sia suscettibile di rientrare nella previsione che sanziona l'usura in concreto. In particolare, la dazione o la promessa di un bene il cui valore risulti (costituire un *vantaggio*) «sproporzionato» rispetto alla prestazione di danaro o di altra utilità dell'altra parte (e v. esplicitamente in tal senso: Cass. 22 gennaio 1997, n.628, in *Giur.it.*, 1998, p. 926).

20. È appena il caso di osservare che il «tasso-soglia» definisce il limite (*superiore*) della c.d. «usura in concreto» (in quando, *al di sopra di esso*, la sproporzione rileva automaticamente, e senza bisogno di ulteriori requisiti), solo quando venga in gioco un contratto di finanziamento (ossia un contratto nel quale il corrispettivo sia costituito da «interessi»). Nelle ipotesi, invece, di contratti diversi - nei quali la prestazione (utilità) promessa non è costituita dalla restituzione di un capitale maggiorato di interessi, ma consiste ad es. nel trasferimento della proprietà di un bene (verso una controprestazione) -, casi in cui viene in gioco la c.d. «usura reale», non esiste un parametro «oggettivo» (come è - per gli interessi - il «tasso soglia»), ma ciò non muta la valutazione giudiziale, che - per quanto riguarda il requisito della «sproporzione» - presenta gli stessi caratteri (e - semmai - nella c.d. «usura reale» potrebbe consentire al giudice di fissare una «soglia» alquanto elevata, prima di riconoscere l'esistenza di un regolamento «sproporzionato».

AmMESSO pure che questi due presupposti (carattere genericamente “*sproporzionato*”, ed esistenza di una condizione di «*difficoltà economica o finanziaria*») abbiano “abbassato” la soglia civilistica di rilevanza (quanto meno ai fini risarcitori, in part. ex art. 1337 c.c.) rispetto ai più severi requisiti dello “stato di bisogno” e della “*laesio enormis*” (che continuano ad essere richiesti dall’art. 1448 c.c., *ai fini della rescissione del contratto*)²¹, resta dunque pur sempre vero che continua a non essere consentito né sindacare qualsiasi “sproporzione” (in particolare, *non sembra che sia sindacabile una “sproporzione” che si allinei alle condizioni di mercato*)²², né sindacare una sproporzione che (fuori naturalmente dai casi di “usura presunta” o “in astratto”) non trovi la sua causa nell’esistenza di una condizione di “difficoltà economica o finanziaria” del contraente²³.

3. “*Qui dit contractuel dit juste*”? L’abbandono dell’idea che fa(ceva) coincidere “autonomia contrattuale” e “giustizia”, e l’emersione dell’esistenza di “distorsioni (o fallimenti) del mercato” come causa di regolamenti “iniqui”. La normativa “antitrust” e la “costruzione” del mercato concorrenziale.

Le disposizioni menzionate nel paragrafo precedente non esauriscono le ragioni (mancanza di integrità del consenso, esistenza di particolari situazioni di difficoltà economica o finanziaria di uno dei contraenti, ecc.) che possono indurre il legislatore a dare rilievo allo “squilibrio” tra le prestazioni che il regolamento negoziale eventualmente evidenzia (per lo meno quando tale “squilibrio” superi una certa “soglia”).

Se in passato il legislatore è sembrato accontentarsi di queste condizioni “minime” (di integrità del consenso, e di “normalità” della situazione in cui il contraente si trova a stipulare il contratto) per ritenere non necessario un proprio intervento sul regolamento contrattuale (sulla

21. Il problema delle conseguenze civilistiche dell’usura è diventato - dopo la legge 108/1996 - particolarmente difficile da decifrare, e decisamente controverso. Sull’intera questione ci limitiamo a rinviare alla sintesi del dibattito che si legge in DI MARZIO, *La nullità del contratto*², Padova, 2008, p. 473 ss., p. 478 ss.

22. Condizioni di mercato che potrebbero essere - in ipotesi - “squilibrate” (se così può dirsi), per una molteplicità di fattori. Si pensi alla crisi del mercato immobiliare, cui si è assistito nell’ultimo decennio, in conseguenza (soprattutto) delle notevoli restrizioni del credito che si sono accompagnate alla crisi economico-finanziaria scoppiata nel 2007-2008. È chiaro che molti dei proprietari che hanno deciso di (o sono stati costretti a) vendere in quegli anni hanno dovuto “accettare” dei corrispettivi inferiori (a volte di molto) rispetto ai prezzi che lo stesso immobile aveva qualche anno prima. Ma è altrettanto evidente che questi corrispettivi non possono essere considerati “ingiusti” (almeno fintantoché essi riflettono l’andamento di mercato). Con riferimento alla fattispecie degli interessi, è significativo che per la valutazione della loro (eventuale) usurarietà “in concreto” l’art. 644, comma 3, stabilisca che si debba tener conto del “tasso medio” [ossia del tasso di mercato] praticato per operazioni simili (il che sembra escludere - quanto meno - che possa esser considerato “usurario” un tasso che si allinei a quello medio di mercato).

23. Sul modo in cui deve essere inteso il requisito della “difficoltà economica o finanziaria” v. in part. Cass., sez. II pen., 25 marzo 2014, n. 18778 (Pres. Esposito, rel. Beltrani; la sentenza è relativa alla nota vicenda che ha visto imputati alcuni funzionari della NOMURA in relazione alla negoziazione con il Monte dei Paschi di Siena di uno strumento derivato denominato “Alexandria”, che novava una precedente operazione rivelatasi disastrosa per la banca senese), che costituisce forse la prima pronuncia della Corte italiana di legittimità in materia di reato di «usura in concreto» (così gli stessi giudici, nel § 6.5 della motivazione).

base del ragionamento che, in assenza di elementi perturbatori della volontà o di uno “stato di necessità”, nessuno presterebbe il proprio consenso ad un contratto che lo danneggia, e, se lo ha fatto, significa che ha avuto delle ragioni per farlo, senza che sorga alcun problema di “giustizia contrattuale”²⁴), oggi questa prospettiva si ritiene generalmente superata.

Come osserva - infatti - Sacco, «l’ottimismo ispirato dalla visione liberista è stato duramente contestato. Il contratto viene concluso in un quadro economico dominato da cento strettoie: a parte le norme legali che incidono sui prezzi, la volontà di produttori monopolisti o oligopolisti, i cartelli, le pratiche restrittive falsano il mercato ed obbligano il consumatore indifeso a strapagare i beni e i servizi di cui ha bisogno. Il produttore trova comodo limitare l’afflusso di beni sul mercato per mantenere alta la domanda e scarsa l’offerta e produrre lievitazioni artificiali dei prezzi. Il contraente professionale dispone dei mezzi occorrenti per abusare del consumatore non professionale»²⁵.

Di qui, allora, l’idea di intervenire (bensì - ancora una volta - sul contratto, ma questa volta) al fine di “correggere” gli effetti negativi che sull’equilibrio delle prestazioni (e, dunque, sulla “giustizia contrattuale”, di cui quell’equilibrio dovrebbe essere espressione) possono produrre (alcune) *distorsioni del mercato*, o meglio le distorsioni che possono caratterizzare determinati “mercati”.

Il mutamento di prospettiva (o, se si vuole, di “paradigma”) è radicale²⁶. Non si muove più dall’idea che la “libera” esplicazione dell’autonomia privata attraverso la conclusione

24. È questo il fondamento razionale della celebre formula «*qui dit contractuel dit juste*» del filosofo francese Alfred Fouillé (1838-1912)(v. *La science sociale contemporaine*, Paris, 1^{re} éd. 1880, 2^e ed. 1885), resa celebre presso i giuristi da Emmanuel Gounod, che la citò nella sua celebre tesi su *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique* (Paris, 1912), apparsa l’anno stesso della morte del Fouillé, nella quale l’A. si occupava fra l’altro della contrapposizione tra la concezione individualista (Capitant, Ripert) e quella sociale (Duguit, Gény, Saleilles, Démogue) del diritto. È appena il caso di dire che la formula di Fouillé sottintendeva (dietro l’apparenza di una deduzione *prima facie* “logica” e, come tale, difficilmente contestabile) un contenuto “ideologico”, fondato sull’idea che l’individuo è alla base dell’edificio sociale e giuridico, e che l’autonomia della volontà è a fondamento dell’idea stessa di giustizia. Non solo quindi «*qui dit contractuel dit juste*» (purché - naturalmente - ciascun contraente abbia rispettato la libertà dell’altro), ma anche (ecco il risvolto ideologico) «*Toute justice doit être contractuelle*» (FOUILLÉ, *La science sociale*², cit., p. 410, cit. da Gounod a pag. 73 della sua tesi).

25. SACCO, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 535.

26. A ben vedere, il mutamento di prospettiva non mette tanto in gioco l’idoneità (*in astratto*) del “contratto” a realizzare regolamenti “convenienti” per entrambe le parti (in base all’idea secondo la quale ogni contraente, di regola, «conclude solo quando il contratto è vantaggioso per lui, perciò ogni contratto è vantaggioso per l’uno e per l’altro contraente; e pertanto il contratto, purché non produca externalità negative, è ben armonizzato tanto con l’esigenza di equità quanto con l’esigenza di socialità»: così SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno P., II, Torino, 2002, pp. 366 e 369), ma piuttosto l’esistenza *in concreto* delle condizioni (esterne) che consentono al contraente di effettuare “valutazioni di convenienza” *consapevoli* (ossia, formulate con appropriata conoscenza degli elementi rilevanti per la decisione) e, perciò, *razionali*. Detto altrimenti: è il “mercato” (come luogo deputato a fornire le “informazioni” rilevanti per le decisioni di scambio) a non funzionare correttamente; *se esso funzionasse*, (anche) il contratto (inteso come regolamentazione “autonoma” degli interessi in gioco) continuerebbe a rappresentare il criterio migliore per realizzare l’equilibrio (naturalmente “soggettivo”) e la “giustizia” dei singoli scambi.

di scambi sul mercato determini – nell’unico modo ritenuto possibile (ossia, in base al gioco della domanda e dell’offerta) – le condizioni per una ottimale allocazione delle risorse (garantendo, al contempo, la “giustizia” dei singoli contratti), bensì si prende atto della circostanza che il mercato “concorrenziale” (ossia il “modello”/presupposto al quale si attribuisce l’idoneità a produrre questi risultati²⁷) non esiste *in rerum natura*, né è in grado di costituirsi in virtù dell’operare spontaneo degli attori economici.

Detto altrimenti: il mercato concorrenziale è *locus artificialis* (e non *naturalis*), prodotto delle (e non dato preesistente alle) regolamentazioni pubbliche, chiamate a contrastare e a correggere le distorsioni che possono impedire (o escludere del tutto) l’operare della concorrenza²⁸.

Di qui la normativa *antitrust*, e i fondamentali divieti in essa sanciti: dal divieto delle “intese” tra imprese²⁹ volte a restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante³⁰, al divieto di “abuso di posizione dominante”, in particolare quando esso consista nell’imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali *ingiustificatamente gravose*» (art. 3, lett. a, L. 287/1990).

L’idea sottesa a questa normativa è che garantendo il corretto (ed effettivo) funzionamento del mercato concorrenziale si tutela anche la “giustizia” dei singoli scambi, che si effettuano sul mercato in questione³¹. Sennonché, ancora una volta, il legislatore non pretende di imporre un particolare contenuto (economico), come tale, *del singolo contratto*: l’iniquità della

27. Ottimale allocazione delle risorse (e dunque “equilibrio” macroeconomico), in uno con la “giustizia” dei singoli contratti.

28. V. anche quanto diremo nel paragrafo seguente.

29. Art. 2, co. 1, della L. 287/1990 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*), secondo il quale per “intese” devono intendersi «gli accordi e/o le pratiche concordati tra le imprese nonché le deliberazioni anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese e altri organismi similari».

30. Tra le attività che possono produrre questo risultato, l’art. 2 indica (esemplificativamente) le «attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all’accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l’oggetto dei contratti stessi».

31. La “giustizia” del contratto non viene più fatta dipendere soltanto dalla “integrità del consenso” del singolo contraente e dalla possibilità che egli ha avuto di esplicitare liberamente la propria autonomia negoziale (*qui dit contractuel dit juste*), ma anche dalla circostanza che la contrattazione si collochi *in un contesto di mercato funzionante correttamente* (o meglio: non alterato da “cartelli” tra imprese, o posizioni dominanti). Cfr. SACCO, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 2004, p. 26: «...l’equità del contratto è la sua aderenza al mercato, la giustizia contrattuale è la sua adeguatezza al mercato... La lotta per la giustizia contrattuale è la lotta per il funzionamento del mercato...». Anche SCALISI, op. cit., p. 275 e nt. 61, osserva che [nei *Peel* e nei Principi *Unidroit*] «sembrerebbe che sia proprio il mercato a fare da metro dello squilibrio, e perciò anche alla “giustizia”».

stipulazione che *non* si collochi a valle di una “intesa” vietata³² o che *non* sia conseguenza di un *abuso* della posizione dominante conseguita nel mercato dall’impresa³³, non è colpita da questa normativa, che dunque non può essere intesa (neanch’essa) come espressiva propriamente di un *principio generale* che richieda che il singolo contratto sia “giusto” (nel senso - che ormai conosciamo - dell’ “equilibrio”/ “proporzionalità” tra le prestazioni). Un siffatto principio (generale) - ammesso che esista - deve, dunque, essere ricercato altrove³⁴.

Prima di svolgere questa indagine ulteriore, è opportuno tuttavia esaminare qualche sviluppo *particolare* dell’idea secondo la quale la “giustizia contrattuale” può essere assicurata (almeno *tendenzialmente*) puntando a “correggere” le cause che impediscono al mercato (o - più esattamente - ai singoli specifici mercati) di funzionare in senso concorrenziale.

4. Un esempio emblematico di intervento per correggere squilibri (o “fallimenti”) di mercato: la disciplina dei contratti dei consumatori e le sue premesse teoriche (cenni alla dottrina “ordoliberal”).

L’idea secondo la quale – per assicurare la giustizia contrattuale – bisogna intervenire per rimuovere i fattori che impediscono al mercato (*rectius*: ai diversi mercati) di funzionare correttamente – ossia in maniera *il più possibile conforme* alle condizioni che caratterizzano un (teorico) mercato “concorrenziale” (modello in realtà puramente astratto, e non riscontrabile mai nella realtà concreta) – è alla base della regolamentazione europea dei “contratti dei consumatori”, ossia della disciplina di quei particolari contratti che si stipulano sui mercati c.d. “finali”, quelli in cui avviene appunto l’incontro tra i produttori/distributori e i consumatori/utenti, destinatari ultimi dei vari beni e servizi³⁵.

32. E nemmeno tenti di “approfittare” dell’esistenza di una tale intesa tra altre imprese, ponendosi - per così dire - ... sulla scia di tale intesa (e così ad es., approfittando del rialzo dei prezzi che essa ha comportato sul mercato), con un comportamento che non trova giustificazione se non in un “*conscious parallelism*” (che fa sospettare l’esistenza di una “intesa”, sia pur tacita, che interessa anche l’impresa formalmente estranea al cartello).

33. Il fatto che sia represso solo l’*abuso* implica che non è vietato *trarre vantaggio* dalla posizione dominante acquistata sul mercato. È lecito - in altre parole - il sovrappiù da posizione dominante.

34. Il che non significa affatto sminuire la valenza fondamentale che la normativa *antitrust* riveste per la tutela dei consumatori e degli utenti. Dire che questa normativa non basta a garantire *sempre e comunque* la “giustizia” dello scambio contrattuale, non significa affatto negare il dato che questa “giustizia” (intesa come tendenziale “equivalenza” tra le prestazioni) trova nel funzionamento del mercato in senso *il più possibile concorrenziale* il presupposto principale (e, spesso, sufficiente) della sua realizzazione.

35. Concorre a indicare la direzione, che assume adesso l’intervento normativo (al punto da porsi come “paradigma” nuovo, o comunque come sviluppo originale del “paradigma” che abbiamo esaminato nel paragrafo precedente), l’inedito rapporto (non più unidirezionale, bensì biunivoco) che si instaura *tra “contratto” e mercato* nelle economie “di massa”. Nelle quali - in estrema sintesi - il contratto non è più operazione economica “isolata” (come tale, di per sé, inidonea ad incidere sulle dinamiche di mercato, e oggetto di correzione proprio in quanto “deviazione” - occasionale - dagli standard che definiscono la “normalità” delle contrattazioni), ma diventa operazione “seriale”, che - in quanto ripetuta in forma standardizzata in un numero indeterminato di casi (con decine di migliaia e, a volte, con milioni di attuali o potenziali controparti contrattuali) - ben acquista

I pilastri teorici sui quali poggia la costruzione del diritto contrattuale europeo in questo ambito sono solitamente individuati nella dottrina del c.d. “ordoliberalismo”³⁶, il cui nucleo centrale – sulla premessa che i meccanismi di mercato e la libera concorrenza sono gli unici strumenti in grado di far funzionare in modo efficiente e ordinato non solo l’economia ma anche la società e la politica (le quali devono organizzarsi, appunto, in maniera «conforme al mercato») – risiede nell’idea che, poiché mercato e concorrenza non sono dei dati naturali ma delle *costruzioni istituzionali*, lo Stato deve intervenire attivamente per creare le condizioni-quadro e poi tutelarne il buon funzionamento³⁷.

o può acquistare (in questa dimensione “collettiva”) una significativa incidenza sul funzionamento del mercato (anche rispetto all’operare della concorrenza con le altre imprese). E se da un lato, per quanto appena detto, si scopre l’(inedita) incidenza del contratto sul (funzionamento del) mercato, dall’altro - e reciprocamente - si rafforza l’idea che il corretto funzionamento del mercato non è più un problema che concerne soltanto (o prevalentemente) le imprese (concorrenti), ma è un profilo che si riverbera *immediatamente* sul contratto (e non soltanto nelle ipotesi in cui esistano monopoli, cartelli o posizioni dominanti), incidendo sull’equilibrio tra le prestazioni delle parti (detto in breve : la disciplina del mercato diventa un problema di tutela *anche dei consumatori*, e non solo delle imprese concorrenti).

36. La dottrina “ordolibérale” affonda le sue radici in un movimento di pensiero che si affermò in Germania tra le due guerre, e che ebbe i suoi esponenti principali in alcuni giuristi (come Franz Böhm e Hans Grossman-Doerth) e soprattutto in alcuni economisti (tra cui: Walter Eucken, Alexander Rüstow, Wilhelm Röpke). Un’utile antologia, che raccoglie alcuni degli scritti più significativi degli autori riconducibili al pensiero “ordolibérale”, è quella apparsa con il titolo *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell’economia sociale di mercato* a cura di F(rancesco) Forte e F(lavio) Felice, Rubbettino, 2010.

37. Molti degli autori “ordoliberali” avevano assunto una posizione critica nei confronti dell’esperienza della Repubblica di Weimar, la cui fragilità veniva da essi individuata nella incapacità dello Stato di resistere alle pressioni “di parte”, provenienti tanto dalle organizzazioni dei lavoratori quanto dalle forze del capitale. La critica degli ordoliberali si indirizzava nei confronti del “pluralismo” e della democrazia, visti come fenomeni capaci di minare la tenuta del “sistema”, favorendo la nascita e il rafforzamento di “poteri privati” (in particolare di centri di potere economico), come dimostrava fra l’altro la diffusione (alla fine del primo conflitto mondiale) di numerosi “cartelli” di imprese (gli stessi contro i quali il legislatore statunitense aveva, oltre un quarto di secolo prima, emanato il famoso Sherman Antitrust Act del 1890). Di qui l’auspicio per la costruzione di uno Stato forte, capace di ripristinare e garantire l’ «ordine dell’economia» (*die Ordnung der Wirtschaft*). Se da un lato gli ordoliberali (e, in particolare, Röpke) ripropongono l’idea (tipica, appunto, della concezione “liberale”) che occorre porre dei limiti ed attivare dei controlli nei confronti dello Stato, per evitare che esso degeneri in totalitarismo, dall’altro essi ritengono che anche una illimitata libertà degli individui sia foriera di risultati indesiderabili. Di qui la proposta di una «terza via» (capace di evitare questi due pericoli, e) basata sulla concezione secondo cui la società si articola in cerchie diverse (giuridica, politica, economica), tra di loro connesse, e il cui rapporto reciproco esclude la prevalenza di taluna sulle altre (e dunque l’esistenza di una gerarchia tra le stesse), riconducendosi piuttosto all’idea della “sussidiarietà”. Gli ordoliberali non propugnano affatto, dunque, il *non intervento* (in assoluto) dello Stato (o comunque una concezione fortemente restrittiva delle condizioni giustificanti tale intervento, come avveniva secondo il pensiero liberale ottocentesco). La «terza via», che essi teorizzano, si basa su un concetto (che ha il sapore, quasi, di un ossimoro) di «interventismo liberale», concetto che è stato di recente così illustrato da un giovane studioso : «Lo Stato si impegna a fornire un quadro giuridico, ossia un ordine di regole originarie attraverso cui l’economia di mercato (ossia il regime dei prezzi) possa funzionare secondo giustizia e in modo conforme alla natura umana (Röpke, Eucken). Lo Stato non interviene, in senso stretto, nella sfera economica. Non si può dire che la costituzione giuridico-politica guidi il mercato, perché in tal caso si ricadrebbe nelle svariate forme di dirigismo e interventismo economico. Non

L'intervento europeo nella materia dei "contratti dei consumatori" (formula che apparentemente delimita una materia circoscritta, ma che in realtà individua un ambito che – nelle moderne "economie di massa" – coincide con una larghissima, e ormai decisamente preponderante, porzione degli scambi di mercato) si colloca esattamente in questa prospettiva.

E la prima considerazione da fare è, appunto, quella secondo cui si fraintenderebbe il senso di un tale intervento se lo si identificasse (principalmente) con l'obiettivo di assicurare tutela ad un "contraente debole", allo scopo di realizzare una sorta di "giustizia" del (singolo) contratto³⁸. Certo, questo è (probabilmente) il *fine ultimo* di tale normativa,

si può nemmeno optare per il disinteresse verso la sfera economica, impossibile tra l'altro visto e considerato il rapporto che lega le tre sfere. La politica, sostengono gli ordoliberali, deve influenzare l'economia istituendo uno spazio giuridico di regole, un ordine appunto, in cui il mercato possa evolvere secondo natura (regime di perfetta concorrenza e stabilità monetaria) e giustizia. Il giuridico non è determinato come sovrastruttura dell'economico. Il giuridico dà invece forma all'economico che non sarebbe ciò che è senza il giuridico. La dimensione economica si caratterizza quindi come un insieme di attività regolate. A questo punto gli ordoliberali possono dire che il mercato non è un dato naturale, in natura non troveremo mai un mercato in cui vige un regime concorrenziale sano e scevro di monopoli. Sarebbe un'ingenuità naturalistica credere nella sua esistenza. L'ordine giuridico-economico, l'*ordo* che lo Stato deve istituire, gestire e proteggere, svolge la cruciale funzione di rendere possibile un'economia di mercato ed insieme ad essa lo spazio adeguato all'esercizio della libertà economica. ...»: così L. MESINI, *L'ordoliberalismo: un'introduzione (Seconda Parte)*, in www.pandorarivista.it/articoli, 30 giugno 2015.

38. Giustamente sono state criticate le letture che ricostruiscono la disciplina dei contratti dei consumatori in termini di interventi di tipo "protezionistico", aventi il «fine di compensare uno squilibrio socio-economico», determinando la prevalenza degli interessi sostanziali dei consumatori rispetto a quelli dei fornitori di beni e servizi (i professionisti), e così realizzando «una politica del diritto latamente redistributiva, incompatibile con il mercato, e destinata proprio, in nome della giustizia sociale, a correggerne dall'esterno i risultati»: cfr. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 787 ss., spec. p. 793, il quale conclude nel senso che «La tutela del consumatore, secondo il modello di politica del diritto adottato dal legislatore comunitario, non è quindi complementare, ma conforme al mercato, e anzi, rovesciando la prospettiva generalmente adottata, costituisce un presupposto necessario per l'instaurazione e il funzionamento del mercato unico... Non si tratta infatti di discipline "finalistiche", che impongano agli operatori del mercato un determinato assetto dei loro interessi economici, bensì di discipline "condizionali": esse creano le "regole del gioco" necessarie affinché ciascuno possa perseguire il proprio vantaggio individuale secondo il meccanismo del mercato»; e v. anche, per una analoga sottolineatura del carattere socialmente neutrale della regolazione del mercato, MAZZAMUTO, *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contratto e impr. Europa*, 2005, p. 523 ss.). Sul punto, per una valutazione critica rispetto a questo aspetto dell'ordinamento europeo, v. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 ss., spec. p. 663 ss. Più in generale esprime una valutazione fortemente polemica nei confronti della disciplina europea del contratto, accusata di realizzare una "involuzione liberista", SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, 2003, *passim* e spec. p. 21 ss. (e già Id., *Tutte le strade portano a Fiume. L'involuzione liberista del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 263 ss.; Id., *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim.*, 2001, p. 263 ss.; e, successivamente, Id., *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007). Questo punto di vista critico è condiviso dal gruppo di giuristi europei (riunito nello *Study Group on Social Justice in European Private Law*) che poco più di un decennio fa ha pubblicato un *Manifesto* dal titolo *Social Justice in European Contract Law* (in *E.L.J.*, 2004, p. 653; il *Manifesto* è stato poi pubblicato anche in Italia, con il titolo *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, suscitando anche da noi un discreto dibattito : si veda, ad es., M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia*

ma esso è assunto (e perseguito) sulla base dell'idea (che già conosciamo) secondo cui è *il mercato (purché esso funzioni correttamente) a costituire il migliore strumento* per realizzare una ottimale allocazione delle risorse (selezionando, fra l'altro, le imprese più efficienti, ossia quelle che riescano a produrre e immettere sul mercato i beni e i servizi migliori al prezzo più competitivo) e, con essa, *il più elevato grado di "giustizia" dello scambio*.

A proposito della tutela che viene garantita attraverso rimedi contrattuali quali obblighi di informazione, *ius poenitendi*, formalismo negoziale, divieto di pratiche commerciali scorrette, ecc. si è parlato di una «giustizia soltanto formale» o «fredda»³⁹.

Il giudizio appare sostanzialmente condivisibile. Aggiungeremmo soltanto l'osservazione che lo stesso giudizio può essere probabilmente espresso anche per la tutela assicurata attraverso il controllo di vessatorietà delle clausole contenute nei contratti dei consumatori⁴⁰ (controllo che la dottrina appena citata ascrive al capitolo della "giustizia sostanziale"), se è vero che (in linea di principio) questo controllo *non* è ammesso relativamente alle clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto e la "perequazione" tra il prezzo (o la remunerazione) e la controprestazione (*salvo che nel caso in cui le clausole medesime non risultino formulate in modo chiaro e comprensibile*), e se è vero altresì che la "vessatorietà" viene meno (*recte*: non può essere sindacata) in presenza di una *trattativa individuale* (il che conferma che - quando vi sia stata la possibilità di una normale esplicazione dell'autonomia privata - il legislatore ritiene di dovere continuare ad astenersi da un sindacato sul contenuto del regolamento negoziale).

5. Conclusioni dell'indagine preliminare.

La prospettiva in cui ci si è collocati nella pagine che precedono è *descrittiva*, non *prescrittiva*. Non ci si è chiesti - in altre parole - se sia o meno preferibile/opportuno/necessario che il legislatore regoli il contratto al fine di garantirne la giustizia "sostanziale" (direttamente e/o attraverso un sindacato giudiziale sul regolamento negoziale) o se piuttosto il suo intervento in questa materia sia legittimo solo in quanto si ponga l'obiettivo di garantire (da un lato attraverso l'operare delle regole della concorrenza, dall'altro attraverso una disciplina che garantisca l'autenticità del processo di autodeterminazione) le condizioni per una piena esplicazione dell'autonomia privata. Ci si è interrogati, invece, su come - nella realtà effettiva di un concreto ordinamento storico (nella specie: l'ordinamento italiano) - il legislatore risulti aver affrontato il problema della "giustizia" del contratto, problema che ovviamente egli non può non porsi.

contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo, Torino, spec. il cap. V dedicato a *Giustizia sociale e giustizia contrattuale nel diritto europeo dei contratti*).

39. Così SCALISI, *op. cit.*, p. 262 ss.

40. A conferma - per altro verso - che la stessa distinzione tra "giustizia formale" e "giustizia sostanziale" (o - secondo la dicotomia che abbiamo utilizzato all'inizio di queste pagine - tra "giustizia procedurale" e "giustizia contenutistica") è una distinzione *relativa*.

È chiaro peraltro che la distinzione tra giustizia c.d. “sostanziale” e giustizia “procedurale”⁴¹ può profilarsi con nettezza (sebbene - anche qui - su un piano meramente concettuale e astratto) solo nella prospettiva “prescrittiva”, poiché in quella “descrittiva” questa distinzione (come qualsiasi altra analoga) è destinata ad essere superata dalla *libertà* del legislatore, il quale evidentemente può legittimamente utilizzare (e, di fatto, utilizza), di volta in volta, strumenti di giustizia (meramente) “procedurale” oppure strumenti di giustizia “sostanziale” (e, financo, di giustizia “distributiva”)⁴².

È una “libertà” – questa, cui si è appena fatto riferimento – che ovviamente sussiste solo nei limiti in cui non sia (o non si ritenga) presente un “principio” superiore (ossia, di ordine costituzionale) che imponga (anche al legislatore) un criterio di giustizia “sostanziale”, come - per fare un esempio - accade nel caso dell’art. 36 Cost., e del precetto (in esso contenuto) secondo cui la retribuzione del lavoratore deve essere tale da garantire a lui e alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa.

Resta aperta la domanda se – al di là di quello appena indicato (che è un principio specifico), o di altri analoghi (e anch’essi specifici) – possano individuarsi ulteriori e (più) *generali* principi costituzionali (ad es., art. 2: solidarietà sociale ed economica; art. 3, comma 2: eguaglianza sostanziale; art. 41: utilità sociale e tutela della sicurezza della libertà e della dignità umana come limiti all’iniziativa economica privata; art. 42, co. 2: funzione sociale della proprietà; ecc.)⁴³ che *impongano* al legislatore di regolare il contratto (o determinate tipologie di contratti) in base ad un criterio di giustizia “sostanziale” (salvo ad individuare quale possa essere questo criterio).

E resta, altresì, aperto l’ulteriore quesito se – ammesso che si risponda affermativamente alla domanda precedente – il giudice, oltre a poter sollevare la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative che non appaiano conformi a detti principi (sempreché non sia stato possibile adeguare - *in via interpretativa* - le medesime disposizioni ai principi in

41. Sulla relatività di questa distinzione (sulla quale cfr. anche ROPPO, *Strumenti procedurali e contenuti sostanziali di un diritto contrattuale giusto*, in AA.VV., *Il ruolo della civilistica italiana nella costruzione della nuova Europa* a cura di V. Scalisi, Milano, 2007, p. 597 ss.; nonché, più di recente, PIRAINO, *La buona fede oggettiva*, Torino, 2015, p. 504 ss.) v. quanto abbiamo già osservato *retro*, nella nota 2.

42. In questo senso, si può condividere l’affermazione di chi - premesso che per rispondere alla domanda su chi e cosa fondi la “giustizia” (posto che questa sia a fondamento anche del contratto) «è necessario allargare l’orizzonte al mondo delle istituzioni, considerando l’autonomia contrattuale come parte di una complessa architettura sociale» - ha concluso nel senso che possa dirsi «... forse che non esiste una giustizia del contratto, ma molte» (così CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 475, ed ivi la citazione di I. BERLIN, *The hedgehog and the fox*, London, 1978, trad. it. *Il riccio e la volpe e altri saggi*, Milano, 1986, p. 71 ss., secondo cui il diritto dei contratti persegue «molti fini, spesso disgiunti e contraddittori, magari collegati soltanto genericamente, *de facto* [...] non unificati da un principio morale o estetico»).

43. In particolare, sul “principio di proporzionalità nei contratti” (e sul suo fondamento costituzionale) cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir.civ.*, 2001, p. 334 ss., nonché ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^e ed., Napoli, 2006, p. 376 ss., spec. p. 380 ss.

questione), abbia anche il potere di *correggere* il contratto facendo *diretta applicazione* dei principi medesimi (superando la “insoddisfacente” e/o “inadeguata” disciplina normativa)⁴⁴.

Ma queste sono domande alle quali non può fornirsi neanche un inizio di risposta in questa sede⁴⁵, nella quale si intendevano svolgere (come indicato dal titolo della Relazione) solo alcune considerazioni “preliminari” sul tema della “giustizia contrattuale”.

44. Un’ulteriore possibilità è quella che si attribuisca (come molti sono propensi a fare) alla clausola generale di “buona fede” – autonomamente, ovvero considerandola come “veicolo” di un principio costituzionale (ad es.: il principio di solidarietà) – l’idoneità a legittimare in capo al giudice un generale potere “correttivo” esercitabile con riferimento al contenuto del contratto, per garantirne la “giustizia” (criticamente su questo orientamento v., di recente, le considerazioni di NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, cit., spec. p. 1267 ss., e p. 1274, dove si parla esplicitamente di un «naufragio dei tentativi di fondare sulla mera buona fede la costruzione di un generale controllo sostanziale sulla giustizia del contratto»). Se si accoglie questa prospettiva non soltanto entra in crisi la tradizionale distinzione tra “diritti speciali” (ad es. il diritto contrattuale dei consumatori) e “diritto (contrattuale) generale”, ma - a ben vedere - finisce per smarrirsi il senso stesso della “specialità” di una disciplina, atteso che ad analoghi risultati si può pervenire (anche indipendentemente da un intervento legislativo specifico) sulla base dell’applicazione delle clausole generali (e in particolare, appunto, della clausola di buona fede) che presiedono al diritto dei contratti.

45. Sul problema indicato nel testo sia consentito, comunque, il richiamo a D’AMICO, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (con particolare riferimento ai rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 443 ss. (e poi anche in AA.VV., *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, a cura di G. D’Amico, Milano, 2017, p. 49 ss.).

ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE E TUTELA DEL PROFESSIONISTA CONTRO CLAUSOLE VESSATORIE E PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE*

ENRICO DEL PRATO

Prof. ordinario Università di Roma "La Sapienza"

SOMMARIO: 1. L'assicurazione obbligatoria: riflessi sugli obblighi dell'assicuratore. Assicurato e terzo danneggiato. – 2. I piani della tutela. – 3. L'informazione. Le regole sulla pubblicità e sulle pratiche commerciali scorrette. L'informazione specificamente precontrattuale e la consapevolezza circa il contenuto del contratto. – 4. Gli obblighi precontrattuali dell'assicuratore. – 5. Il contenuto del contratto. Oggetto e responsabilità. Interpretazione. L'esigenza di accertare in concreto l'utilità del contratto. – 6. L'oggetto dell'assicurazione professionale obbligatoria e i rischi esclusi. – 7. Limitazioni della copertura assicurativa. Il problema delle clausole che assicurano contro la pretesa (c.dd. *claims made*): la compatibilità col tipo contrattuale e la congruità all'interesse a cui il contratto deve assolvere come parametri di valutazione. Le clausole incompatibili e la loro inefficacia. – 8. Le clausole sul recesso. – 9. Criteri e parametri di valutazione delle altre clausole. Premi e corrispettività. – 10. I rimedi. Conformazione degli obblighi dell'assicuratore sulle informazioni precontrattuali fornite all'assicurato. In via diretta o come riparazione in forma specifica. La responsabilità precontrattuale dell'assicuratore e il risarcimento del danno. – 11. Riflessi della sussidiarietà sociale: la negoziazione collettiva.

1. L'assicurazione obbligatoria: riflessi sugli obblighi dell'assicuratore. Assicurato e terzo danneggiato.

Anche l'assicurazione contro i rischi derivanti dall'attività dei professionisti iscritti ad ordini professionali è divenuta obbligatoria¹: l'assicurazione deve essere «idonea», e i pro-

*. Testo della relazione tenuta al Convegno «Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico», svoltosi a Camerino nei giorni 16 e 17 settembre 2016.

1. L'obbligo di stipulare «idonea assicurazione» è stato previsto dall'art. 3, comma 5, lett. e, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con l. 14 settembre 2011, n. 148, ed introdotto dal reg. attuativo, nell'art. 5, comma 1, d.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, contenente la riforma degli ordinamenti professionali. La decorrenza, originariamente fissata a partire da un anno dalla pubblicazione del d.P.R., è stata, poi, posticipata al 14 agosto 2014. L'assicurazione obbligatoria per gli avvocati si fonda sull'art. 12, l. 31 dicembre 2012, n. 247, il cui comma 5 dispone che «le condizioni essenziali e i massimali minimi delle polizze sono stabiliti e aggiornati ogni cinque anni dal Ministro della Giustizia, sentito il CNF». Si ritiene che, in assenza del d.m. del Ministro della Giustizia, detto obbligo non sia vigente (il d.m. contenente condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze, emanato il 22 settembre 2016, entrerà in vigore un anno dopo la sua pubblicazione in G.U. e, quindi, in data 11 ottobre 2017). Per gli esercenti le professioni sanitarie l'art. 10, comma 6, l. 8 marzo 2017, n. 24, che ha abrogato l'art. 3, comma 2, d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (c.d. Balduzzi), prevede l'adozione di un «decreto

fessionisti devono rendere noti ai clienti, al conferimento dell'incarico, gli estremi della polizza assicurativa ed il massimale assicurato, nonché ogni successiva modificazione². La violazione di tale obbligo costituisce illecito disciplinare³.

Il contratto di assicurazione – lo prevede, superfluamente, il citato art. 5, comma 1 – può essere stipulato «anche per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti»⁴.

L'obbligatorietà legale dell'assicurazione contro la responsabilità civile plasma lo scopo del contratto, imprimendovi una funzione ulteriore rispetto a quella di tenere indenne l'assicurato dalla responsabilità: quella di garantire un risarcimento al danneggiato⁵. Lo conferma la stessa previsione istitutiva dell'obbligo, secondo cui l'assicurazione deve essere «idonea». L'idoneità si commisura al rischio preventivabile in relazione all'esercizio

del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro della salute e con il Ministro dell'economia e delle finanze previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentiti l'IVASS, l'Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici (ANIA), le Associazioni nazionali rappresentative delle strutture private che erogano prestazioni sanitarie e sociosanitarie, la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative delle categorie professionali interessate, nonché le associazioni di tutela dei cittadini e dei pazienti», con cui saranno «determinati i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie, prevedendo l'individuazione di classi di rischio a cui far corrispondere massimali differenziati». Il medesimo decreto stabilirà «i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio, richiamate dal comma 1, [...] le regole per il trasferimento del rischio nel caso di subentro contrattuale di un'impresa di assicurazione nonché la previsione nel bilancio delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati». Così come per gli avvocati, l'obbligo assicurativo è subordinato all'emanazione e all'entrata in vigore del decreto (cfr. Cons. St., Sez. II, parere, 19 febbraio 2015, n. 486, in *Ragusan*, 2015, p. 371 ss.). I dipendenti del S.S.N. sono tenuti a provvedere, con oneri a proprio carico, alla stipula di un'adeguata polizza assicurativa per colpa grave (come previsto dall'art. 10, comma 3, l. n. 24 del 2017, al fine di consentire l'azione di rivalsa della struttura sanitaria ex art. 9, comma 1). È da ricordare che l'assicurazione obbligatoria è stata introdotta nel 1962 (l. 31 dicembre 1962, n. 1869) per lo svolgimento di attività inerenti agli impianti nucleari. Quella relativa alla responsabilità civile di veicoli a motori e natanti è stata introdotta nel 1969 (l. 24 dicembre 1969, n. 990). Ulteriori riferimenti sui casi di assicurazione obbligatoria sono in V. FERRARI, *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2011, pp. 211 ss. e p. 314 ss.

2. L'obbligo assicurativo degli avvocati previsto dall'art. 12, l. n. 247 del 2012 travalica la responsabilità professionale: dopo aver compreso nella responsabilità professionale «la custodia di documenti, somme di denaro, titoli e valori ricevuti in deposito dai clienti», esso si estende alla «copertura degli infortuni derivanti a sé e ai propri collaboratori, dipendenti e praticanti in conseguenza dell'attività svolta nell'esercizio della professione anche fuori dei locali dello studio legale, anche in qualità di sostituto o di collaboratore esterno occasionale».

3. Lo prevede l'art. 5, comma 2, d.P.R. n. 137 del 2012.

4. Per consentire la negoziazione collettiva delle convenzioni l'obbligo assicurativo è stato differito di un anno dall'entrata in vigore del d.P.R. n. 137 del 2012, dall'art. 5, comma 3, del decreto medesimo, poi posticipato di un ulteriore anno.

5. Da qui una funzione sociale dell'assicurazione obbligatoria, ampiamente sottolineata: cfr. V. FERRARI, *I contratti di assicurazione*, cit., p. 208 ss., e ivi ulteriori riferimenti.

concreto di un'attività professionale: e per questo il cliente, l'assistito, il paziente devono essere informati dell'entità della copertura assicurativa (il c.d. massimale) oltre che dei dati della polizza, affinché possano valutare *ex ante* le prospettive in merito al ristoro di un eventuale danno.

L'obbligo legale di assicurazione non avrebbe senso se non mettesse in risalto l'interesse del danneggiato, che diviene, così, una nota caratterizzante il contratto⁶. Dunque, esso non può ritenersi assolto con la mera esistenza di un contratto di assicurazione; richiede, invece, una costante copertura del rischio nei limiti in cui è assicurabile, e cioè salvo il caso del sinistro causato con dolo (art. 1900 c.c.)⁷.

Una conferma viene là dove è prevista una procedura di risarcimento diretto, assistita da un'azione diretta del danneggiato contro l'impresa assicuratrice, introdotta per l'assicurazione obbligatoria di veicoli e natanti⁸ e per l'attività venatoria⁹, che rende il danneggiato immediato interlocutore dell'impresa assicuratrice¹⁰. Si realizza, così, un meccanismo quanto meno affine a quello dell'assicurazione a favore del terzo (art. 1411 c.c.), espressamente prevista nell'assicurazione sulla vita (artt. 1920 ss. c.c.), ma pacificamente applicabile agli altri rischi¹¹ ed impiegabile anche *in incertam personam*, cioè a favore di chi venga a trovarsi nella condizione prevista dal contratto di assicurazione.

Il modo compiuto per realizzare l'interesse dei potenziali danneggiati è costituito dalla previsione di massimali di garanzia obbligatori e di un'azione diretta contro l'impresa assicuratrice. Non è questa la soluzione prevista in linea generale per l'attività professionale, benché, in campo sanitario, la bozza di regolamento ministeriale in circolazione

6. Una «finalizzazione dello strumento assicurativo da parte delle istituzioni» per M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino, 2009, p. 65 e, ampiamente, p. 160 ss.; da ultimo, per l'esigenza di non vanificare lo scopo dell'obbligo di assicurazione v. M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, pp. 22 e 163. Peraltro può ritenersi che, anche in caso di obblighi negoziali, la concreta idoneità dell'assicurazione al risarcimento del danneggiato rilevi ai fini dell'esattezza dell'adempimento.

7. La rilevante funzione pubblica caratteristica dell'attività notarile, da cui deriva la necessità di ristorare comunque i danni non assicurabili, è alla base dell'istituzione di un «Fondo di garanzia per il ristoro dei danni derivanti da reato commesso dal notaio nell'esercizio della sua attività professionale, non coperti da polizze assicurative» (così l'art. 3, d.lg. 4 maggio 2006, n. 182, che ha modificato l'art. 21, l. 16 febbraio 1913, n. 89).

8. Rispettivamente dagli artt. 149 ss. e 144 c. ass. (d.lg. 7 settembre 2005, n. 209) relativamente all'assicurazione obbligatoria per la circolazione di veicoli e di natanti. La procedura di risarcimento diretto opera limitatamente ai veicoli a motore e per determinati danni, ed è facoltativa (su quest'ultimo punto Corte cost., 10 giugno 2009, n. 180, in *Riv. dir. cin.*, 2010, II, p. 62 ss., con commento di G. PONGELLI, *La facoltatività del risarcimento diretto*). La procedura di risarcimento diretto prevede, peraltro, che la richiesta del danneggiato sia formulata al proprio assicuratore, che è obbligato alla liquidazione «per conto dell'impresa di assicurazione del veicolo responsabile, ferma la successiva regolazione dei rapporti fra le imprese medesime» (art. 149, comma 3, c. ass.).

9. Cfr. l'art. 12, comma 10, l. 11 febbraio 1992, n. 157. Il comma 9 impone anche un massimale di garanzia minimo.

10. Si esclude che il danneggiato possa esperire un'azione diretta contro l'assicuratore al di fuori dei casi previsti: cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., p. 49 ss.

11. Cfr. Cass., 18 giugno 1998, n. 6062, in *Corr. giur.*, 1998, p. 897 ss.

preveda un massimale minimo¹². Ma l'obbligo legale di assicurazione rende l'interesse del danneggiato il perno del contratto. Pertanto esso costituisce un parametro di valutazione delle clausole contrattuali, deve essere impiegato come criterio interpretativo suppletivo e come criterio di conformazione degli effetti del contratto.

L'assicurazione obbligatoria, quindi, può essere considerata un modello di assicurazione caratterizzato dall'esigenza di una copertura costante del rischio per cui l'obbligo è previsto¹³. Il solo obbligo assicurativo è sufficiente a spostare il centro di gravità del contratto, benché non sia collegato ad un massimale tale da garantire la copertura di qualsiasi rischio professionale: il bilanciamento dell'interesse del cliente con quello dell'assicurato è dato dal diritto del primo a conoscere preventivamente gli estremi della polizza assicurativa ed il massimale, per valutarne l'idoneità ai suoi interessi ed assumere decisioni consapevoli circa l'attribuzione dell'incarico¹⁴. E tuttavia è necessaria una copertura costante: ciò, come vedremo, rileva ai fini dell'apprezzamento delle clausole *claims made*, le quali rappresentano una costante delle assicurazioni contro la responsabilità professionale.

L'obbligo assicurativo porta ad un'ulteriore constatazione: esso è assolto solo mediante un contratto annoverabile entro lo schema tipico dell'assicurazione, non attraverso contratti che ne esulino.

Con questa premessa veniamo alle tutele contro le clausole vessatorie e le pratiche commerciali scorrette nell'assicurazione contro la responsabilità professionale.

2. I piani della tutela.

A partire dagli anni '90 del secolo passato, gli strumenti della diagnostica del civilista si sono raffinati: essi mettono a fuoco realtà prima confinate nell'ineffabilità giuridica. A ciò ha concorso il bisogno di dare risposte a questioni che, da tempo, si affacciavano, irrisolte, sullo scenario del diritto. La maggiore sensibilità dei tempi ha alimentato quella di giuristi e giudici, e ha dato rilievo normativo ad interessi prima lasciati all'elaborazione degli interpreti, stretta tra il bisogno di rinnovamento e l'ossequio a interpretazioni formalistiche della legge. È il segno che, nonostante tutto, gli interessi della persona umana hanno una inevitabile propensione al sopravvento.

Sono un'espressione di questo moto, tra l'altro, le discipline, prevalentemente di matrice europea, in tema di consumatori (confluite nel codice del consumo: d.lg. 6 settembre

12. Ne riferisce M. GAZZARA, cit., p. 57.

13. L'esigenza solidaristica di garantire la copertura del rischio, particolarmente avvertita in materia di circolazione di veicoli e natanti, ha indotto l'istituzione del Fondo di garanzia per le vittime della strada, attualmente regolato dagli artt. 283 ss. c. ass.

14. Il titolo contrattuale del rapporto spiega perché sia rimesso al cliente l'apprezzamento dell'idoneità del massimale di garanzia. Di contro, il fondamento extracontrattuale della responsabilità da circolazione di veicoli a motori giustifica l'imposizione dei massimali di garanzia previsti dall'art. 128 c. ass. e il correlativo obbligo a contrarre delle imprese di assicurazione (art. 132 c. ass.).

2005, n. 206), di assicurazioni private (il codice delle assicurazioni private: d.lg. 7 settembre 2005, n. 209) di pubblicità ingannevole (d.lg. 2 agosto 2007, n. 145), di pratiche commerciali scorrette (mediante la novellazione degli artt. 18-27 c. cons. ad opera del d.lg. 2 agosto 2007, n. 146). Esse realizzano un medesimo schema dettando discipline sezionali, destinate ad integrare il regime del codice civile. Ne emerge un quadro complessivo che delinea diversi piani di tutela, a loro volta destinati ad interferire con i modelli generali. Ciò accade anche in tema di assicurazione della responsabilità professionale.

I piani, descritti con progressivo avvicinamento al contratto, sono questi: l'esercizio della pubblicità e le pratiche commerciali delle imprese di assicurazione e degli intermediari assicurativi; gli obblighi di informazione precontrattuali; la consapevolezza dell'assicurato circa il contenuto del contratto; la modellazione del contratto e la compatibilità delle clausole coi modelli assicurativi e la meritevolezza degli interessi perseguiti.

Questi piani esprimono corrispondenti interessi, di cui vaglieremo le forme di tutela nella prospettiva che l'assicurazione, in quanto obbligatoria, copra costantemente il rischio.

3. L'informazione. Le regole sulla pubblicità e sulle pratiche commerciali scorrette. L'informazione specificamente precontrattuale e la consapevolezza circa il contenuto del contratto.

Incominciamo con i doveri informativi a carico dell'impresa assicuratrice. L'intrinseco legame tra contenuto del contratto e informazione è evidente. In linea generale l'ambito delle tutele contro la disinformazione si è esteso, mediante prescrizioni specifiche, oltre il contenuto del contratto per abbracciarne la convenienza economica, e dunque profili attinenti ai motivi che possono indurre o disincentivare la conclusione del contratto: motivi che, essenzialmente, rispecchiano interessi che possono prescindere dal nocciolo funzionale del contratto stesso. È un moto che esprime la tendenza a perseguire l'efficienza del mercato e la correttezza della libera concorrenza.

Le informazioni precontrattuali comprendono tanto la portata dell'autoregolamento pattizio quanto, più ampiamente, i dati utili ad apprezzarne la funzionalità e la convenienza. Negli ultimi anni il tema si compendia nell'espressione «trasparenza»¹⁵. Sarebbe, tuttavia, riduttivo pensare che essa alluda alla sola intellegibilità delle regole contrattuali; il suo significato più pregnante è rappresentato dal dovere di porre l'altro contraente nella condizione di cogliere la portata, e con essa la convenienza, degli effetti del contratto. In altri termini si vuol garantire, nei limiti dell'autoresponsabilità, un'adeguata ponderazione.

Il primo piano, generale, è quello che prevede il contenuto dell'informazione senza riferirlo espressamente alla stipulazione di contratti, benché esso sia naturalmente destinato a riguardarla. È il campo della pubblicità ingannevole (d.lg. n. 145 del 2007),

¹⁵ Cfr. l'art. 79 *bis* e l'art. 21, comma 1, lett. a, d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58; l'art. 2, comma 2, lett. e, d.lg. n. 206 del 2005.

il cui risvolto positivo è il dovere di fornire informazioni veritiere mediante il mezzo pubblicitario: un dovere la cui violazione è sanzionata sul piano pubblicistico¹⁶, senza la previsione di una specifica ricaduta sul contratto concluso per effetto della pubblicità, di guisa che viene in rilievo il regime del contratto in generale, e si ricade nel campo della responsabilità precontrattuale e del dolo negoziale, determinante o incidente¹⁷.

Altrettanto generale è il riflesso delle sanzioni contro le pratiche commerciali scorrette (artt. 19 ss. c. cons.), che l'art. 7 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, ha esteso alle «microimprese»¹⁸. Esso travalica ampiamente i fenomeni precontrattuali, in quanto comprende tutte le pratiche «poste in essere prima, durante e dopo» il contratto (art. 19 c. cons.). Nella dinamica precontrattuale comprende le informazioni inveritiere o idonee ad indurre in errore (art. 21 c. cons.), sia pure non veicolate da mezzi pubblicitari, e le pratiche commerciali aggressive (art. 24 ss. c. cons.). Anche in questo caso la violazione si riflette sui contratti secondo le regole generali¹⁹. L'art. 22, commi 1 e 2, c. cons. regola le «omissioni ingannevoli», definendole nel primo comma²⁰, ed estendendone il novero nel secondo comma²¹. In particolare l'art. 21 c. cons. prevede una serie di azioni ingannevoli.

È da chiedersi se anche la stipulazione di un singolo contratto o la formulazione di una singola proposta possa sostanziare una pratica commerciale scorretta. A mio avviso la risposta deve essere affermativa in ossequio alle finalità per cui è prevista la correlativa protezione²².

16. Mediante l'irrogazione di sanzioni da parte dell'Autorità gar. concorrenza e mercato (art. 27, comma 3, c. cons. e art. 8, comma 3, d.lg. n. 145 del 2007).

17. Con riferimento all'attività assicurativa v., da ultimo, M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., p. 71 ss.

18. Sul tema v. G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e "microimprese"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 3 ss.

19. In argomento v. E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 688 ss.

20. «È considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe preso».

21. «Una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1, tenendo conto degli aspetti cui al detto comma, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidenti dal contesto, nonché quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

22. In questo senso cfr. Corte giust., 16 aprile 2015, c. 388/13, UPC Magyarország kft c. Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, in *Contratti*, 2015, p. 770 ss., con nota di Am. GENOVESE, *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis*; con qualche precisazione G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali scorrette: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in P. BARUCCI e C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust*, Torino, 2010, p. 1221 ss., secondo cui «ferma l'adesione, in tesi generale, al concetto di pratica come comportamento, e cioè come atteggiamento (del professionista) usuale e ripetuto nel tempo, a configurare il quale non è di norma sufficiente il singolo, episodico atto, tuttavia l'atto isolato (non ancora seguito da altri atti omogenei) può assumere rilievo

Anche i professionisti intellettuali sono da considerare «microimprese»²³ ai fini di queste tutele²⁴. Lo impongono, essenzialmente, due considerazioni. In primo luogo, una diversa conclusione contraddirebbe lo spirito protettivo della disciplina risolvendosi in una irragionevole discriminazione. Dinanzi a pratiche commerciali scorrette, ingannevoli, aggressive il professionista intellettuale versa nella stessa condizione di qualsiasi microimprenditore: sicché l'equiparazione discende da una interpretazione costituzionalmente orientata²⁵ di queste tutele.

Inoltre la figura dell'imprenditore, anche per effetto di influssi europei, ha perso monoliticità, ed appare frammentata in funzione delle ragioni per cui sono dettate determinate discipline. Dunque, così come sarebbe arbitrario considerare, in modo generalizzato, imprenditori gli esercenti una professione intellettuale²⁶, sarebbe errato privarli di prerogative che si fondano sulle medesime condizioni di fatto per cui è accordata una protezione²⁷.

Come opera la tutela contro le pratiche commerciali scorrette, ingannevoli, aggressive? Anzitutto la constatazione che non sia esplicitato un rimedio di matrice civilistica non consente di chiudere la rilevanza di questa normativa al piano pubblicistico, cioè alle sanzioni infliggibili dall'Autorità gar. concorrenza e mercato (art. 27 c. cons.).

Poiché i comportamenti in cui si sostanziano le pratiche costituiscono altrettanti illeciti, il naturale innesto nella dimensione intersoggettiva arricchisce i contenuti degli istituti di diritto comune, dall'illecito extracontrattuale e precontrattuale, alle invalidità ed all'inadempimento, giacché le pratiche scorrette possono riguardare anche la conclusione e l'esecuzione di un contratto.

in presenza di un determinato assetto organizzativo dell'impresa del professionista, tale da lasciar supporre che l'episodio sia suscettibile di ripetersi, almeno fino a quando l'assetto organizzativo non venga modificato ed adeguato ad un diverso *standard*.

23. La cui definizione, di matrice europea, è dettata dall'art. 18, comma 1, lett. *d-bis*, c. cons.

24. Sia pure dubitativamente G. DE CRISTOFARO, cit., p. 15; in senso contrario, ma anche dubitativamente, B. TASSONE, *Clause "claims made", professionisti e "terzo contratto"*, in *Danno resp.*, 2012, p. 717 ss., spec. p. 727.

25. V. ora, in argomento, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 391 ss.; P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 197 ss.

26. V., infatti, Cons. St., Sez. V, 27 gennaio 2016, n. 258, secondo cui «uno studio di avvocato può presentare, in concreto una organizzazione imprenditoriale, ma il concetto di imprenditore non può estendersi *tout court* al libero professionista», sicché «anche l'attività del libero professionista, purché esercitata attraverso un'adeguata struttura ed organizzazione aziendale, può costituire attività d'impresa» ed «essere quindi idonea per conseguire finanziamenti e contributi regionali, statali e comunitari. Ma deve possedere alcuni tratti fondamentali: l'attività, la struttura e un'organizzazione di "natura" imprenditoriale, da verificarsi in concreto». Nello stesso senso TAR Sicilia-Catania, 21 gennaio 2015, n. 242.

27. È da ricordare che l'Autorità gar. concorrenza e mercato ha configurato il Consiglio Notarile di Lucca come un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, relativamente alla imposizione di limiti all'autonomia tariffaria di singoli notai.

L'illiceità può ridondare sul contratto e sul rapporto che ne deriva sotto più profili. La forza innovativa del divieto si può cogliere nell'allargare lo spettro applicativo di alcuni vizi del consenso: del dolo negoziale (art. 1439 ss. c.c.) a prescindere dalla prova dell'efficienza dei raggiri²⁸, e della violenza morale (art. 1434 ss. c.c.), comprendendovi l'«indebito condizionamento» (art. 18, lett. l, c. cons.), in quanto impiegato per imporre la conclusione di un contratto²⁹.

Ma l'annullamento presidia l'interesse alla rimozione del vincolo; perciò non è utilmente impiegabile per tendere in forma specifica all'interesse che ne ha determinato la stipulazione. È questa, invece, la prospettiva da cui vagliare la posizione dell'assicurato.

4. Gli obblighi precontrattuali dell'assicuratore.

Con questa premessa vediamo più da vicino gli obblighi precontrattuali dell'assicuratore, disciplinati dal codice delle assicurazioni private (d.lg. n. 209 del 2005)³⁰. Negli artt. 120 e 121 esso si riferisce agli intermediari assicurativi³¹, rinviando alla disciplina regolamentare che l'Ivass detta per fissare il contenuto delle informazioni, «tenendo conto delle differenti esigenze di protezione degli assicurati» (art. 120, commi 1 e 4)³².

Gli artt. 182-187 c. ass. contemplano la «trasparenza delle operazioni» e la «protezione dell'assicurato». L'art. 182 regola la «pubblicità utilizzata per i prodotti delle imprese di assicurazione» imponendo la «correttezza dell'informazione», e sottoponendola al controllo dell'Ivass. L'art. 183 disciplina le «regole di comportamento» delle imprese e de-

28. S'intende che, in ambito assicurativo, l'annullamento per dolo determinante comprometterebbe l'interesse dell'assicurato e potrebbe, di riflesso, pregiudicare il terzo danneggiato nel caso di incapacità del primo. Di contro il rimedio risarcitorio del dolo incidente può assolvere ad una funzione perequativa (v., in argomento, I. FEDERICI, *Dolo incidente e regole di correttezza*, Napoli, 2010, p. 154 ss., e, in una prospettiva più generale, A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012, p. 129 ss.).

29. Mi permetto di rinviare a E. DEL PRATO, *Violenza*, in S. MARTUCELLI e V. PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, in *Dizionario di diritto privato* promossi da N. Irti, Milano, 2011, p. 1846 ss. Il problema dell'ambito applicativo del regime della violenza morale (artt. 1434 ss. c.c.) agli abusi dell'autonomia, ai condizionamenti ed alla giustizia contrattuale è al fondo di un mio lavoro: cfr. E. DEL PRATO, *La minaccia di far valere un diritto*, Padova, 1990, spec. p. 95 ss.

30. Esso integra la disciplina del codice civile e prevale su di essa (art. 165 c. ass.).

31. Gli obblighi gravanti sugli intermediari assicurativi comprendono anche quello di acquisire dal cliente le informazioni necessarie per consigliargli la polizza più adeguata alle sue esigenze: sul punto v. M. GAGLIARDI, *Il contratto*, cit., p. 85 ss.

32. L'art. 121 regola l'«informazione precontrattuale in caso di vendita a distanza»: del tutto improprio è il riferimento alla «vendita», giacché la disciplina allude alla stipulazione di contratti di assicurazione (cfr., infatti, il comma 2): il comma 1, lett. c, impone, infatti, all'intermediario di rendere nota al contraente «una descrizione delle principali caratteristiche del servizio o prodotto offerto», impiegando quell'ambiguo termine, «prodotto», ormai invalso nella disciplina di contratti in ambito assicurativo e finanziario. Il comma 2 prescrive che «in ogni caso l'informazione è fornita al contraente prima della conclusione del contratto di assicurazione»: la previsione, per quanto pleonastica in una disciplina sugli obblighi precontrattuali, vuol sottolineare che il consenso dell'assicurato sia espresso dopo aver ricevuto le informazioni. Queste possono essere fornite «verbalmente solo a richiesta del contraente o qualora sia necessaria una copertura immediata del rischio»: «in tali casi l'informazione è fornita su un supporto durevole subito dopo la conclusione del contratto» (comma 2).

gli intermediari «nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti», imponendo loro «diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati»³³, e rinviando ad un regolamento adottato dall'Ivass³⁴ contenente «specifiche disposizioni relative alla determinazione delle regole di comportamento da osservare nei rapporti con i contraenti, in modo che l'attività si svolga con correttezza e con adeguatezza³⁵ rispetto alle specifiche esigenze dei singoli» (comma 2). Regole, queste, che integrano il regime dei rapporti intersoggettivi.

L'adeguatezza all'interesse dei contraenti e degli assicurati emerge dall'esercizio del potere regolamentare dell'Ivass configurato nel comma 3. L'Istituto, infatti, deve tener conto «delle differenti esigenze di protezione dei contraenti e degli assicurati, nonché della natura dei rischi e delle obbligazioni assunte dall'impresa», deve individuare «le categorie di soggetti che non necessitano in tutto o in parte della protezione riservata alla clientela non qualificata» e deve determinare «modalità, limiti e condizioni di applicazione delle medesime disposizioni nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti di assicurazione dei rami danni, tenendo in considerazione le particolari caratteristiche delle varie tipologie di rischio».

In altri termini: le regole di comportamento dell'assicuratore devono plasmarsi sulla tutela dell'altro contraente, e perciò occorre classificare la «clientela» a seconda che sia o meno qualificata. La competenza ad individuare il criterio di qualificazione è dell'Ivass³⁶.

Agli obblighi di informazione è riferito l'art. 185 c. ass. Esso prescrive, anche questa volta demandando la specificazione della disciplina ad un regolamento dell'Ivass³⁷, i doveri di informazione a carico delle imprese di assicurazione, obbligandole a consegnare

33. Il riferimento agli assicurati distinti dai contraenti opera per le assicurazioni a favore di terzi: in questo caso gli obblighi riferiti nel testo rilevano nella fase esecutiva, non essendo l'assicurato un contraente.

34. L'Isvap – successivamente confluito nell'Ivass – ha adottato il reg. 26 maggio 2010, n. 35.

35. L'adeguatezza come criterio di valutazione del comportamento del contraente emerge qui come dato normativo: essa rispecchia un atteggiamento della buona fede, giacché la diligenza si commisura all'adempimento delle obbligazioni, mentre l'adeguatezza comprende anche i doveri precontrattuali specificandone il contenuto in funzione della percezione dell'interesse dell'altro contraente.

36. Si vedano sul punto gli obblighi di comportamento di cui al reg. Isvap, 16 ottobre 2006, n. 5, concernente la disciplina dell'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa di cui al titolo IX (intermediari di assicurazione e di riassicurazione) e all'art. 183 c. ass. (regole di comportamento).

37. Allo stato il rinvio opera al citato reg., adottato dall'Isvap il 26 maggio 2010, n. 35. L'art. 31 regola i «criteri di redazione» e prevede: «Nella redazione della documentazione precontrattuale e contrattuale le imprese: a) utilizzano espressioni chiare e sintetiche affinché il contraente sia in grado di comprendere il contenuto del contratto che si appresta a sottoscrivere, con le relative coperture assicurative offerte; b) adottano caratteri di stampa e accorgimenti grafico-tipografici e redazionali tali da rendere agevole la lettura; c) illustrano, con caratteri grafici di particolare evidenza, le clausole che prevedono oneri e obblighi a carico del contraente e dell'assicurato, nullità, decadenze, esclusione, sospensione e limitazione della garanzia, rivalse nonché le informazioni qualificate come «Avvertenze» dal presente regolamento; d) assicurano la coerenza delle informazioni contenute all'interno dei documenti precontrattuali e contrattuali; e) non inseriscono espressioni o informazioni di natura pubblicitaria o promozionale».

«al contraente, prima della conclusione del contratto ed unitamente alle condizioni di assicurazione, una nota informativa predisposta nel rispetto delle disposizioni del presente articolo»³⁸: ciò al fine di consentire all'interessato di «pervenire ad un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali» oltre che sulle condizioni patrimoniali dell'impresa assicuratrice³⁹.

L'art. 166 c. ass. detta il criterio di redazione di tutti i documenti da parte dell'impresa assicuratrice, e riguarda anche il contenuto del contratto di assicurazione. Esso dispone che «il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente va redatto in modo chiaro ed esauriente» (comma 1), ed onera il predisponente di riportare «mediante caratteri di particolare evidenza» «le clausole che indicano decadenze, nullità o limitazione delle garanzie ovvero oneri a carico del contraente o dell'assicurato» (comma 2)⁴⁰. Dunque è volto a perseguire la consapevolezza dell'interessato in merito al contenuto del contratto⁴¹.

Da questo regime generale emerge l'importanza dell'informazione precontrattuale in merito all'attitudine del contratto a perseguire l'interesse dell'assicurato e del danneggiato. Su questa esigenza si innestano la specifica prescrizione che l'assicurazione deve essere «idonea»⁴² e la constatazione che la sua obbligatorietà rende l'interesse del danneggiato l'inderogabile perno del contratto. Da qui la conformazione degli obblighi informativi, e più in generale, precontrattuali, dell'assicuratore sulla attitudine del contratto allo scopo per cui è inderogabilmente concepito.

Anche la violazione di questi doveri non è assistita da una specifica sanzione civilistica, sicché si dovrà far leva sui rimedi generali: anzitutto mediante un'opera di ortopedia sul contratto e, quando non sia possibile, con la tutela risarcitoria ai sensi degli artt. 1337 e 1439 c.c., riparando i danni patiti a causa della insufficienza informativa.

La prima forma di tutela, quella manutentiva, può essere impiegata per pretendere l'adempimento di quelle prestazioni rispecchiate dalle informazioni fornite dall'assicura-

38. Essa contiene (comma 2) «le informazioni, diverse da quelle pubblicitarie, che sono necessarie, a seconda delle caratteristiche dei prodotti e dell'impresa di assicurazione, affinché il contraente e l'assicurato possano pervenire a un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali, e, ove opportuno, sulla situazione patrimoniale dell'impresa».

39. L'art. 186 detta una norma «di prevenzione», dando alle imprese di assicurazione la facoltà di richiedere all'Ivass l'accertamento della corretta applicazione degli obblighi di informazione, «fermo restando che la valutazione dell'Ivass non può essere utilizzata, a fini promozionali, nei rapporti con gli assicurati» (comma 1).

40. Anche l'assicurato, quando non sia il contraente, è interessato alla conoscenza non solo della portata del vincolo assicurativo, ma anche di tutti i comportamenti da attuare per far valere la garanzia, i quali, appunto, consistono in altrettanti oneri.

41. Ferma restando, ricorrendone i presupposti, l'applicazione degli artt. 1341 e 1342 c.c. e del regime dei contratti del consumatore. L'art. 31, lett. z, del citato reg. n. 35 del 2010, amplia il novero delle clausole indicate nella disposizione primaria.

42. Cfr. i riferimenti normativi nella nota 1.

tore benché non riprodotte nel contratto. È questo un utile modello, che ha già trovato formale ingresso in altre discipline di settore⁴³, che si risolve nell'estendere il vincolo contrattuale oltre il tenore esplicitato nell'autoregolamento, e si fonda sulla tutela dell'affidamento⁴⁴: ad esso è di supporto, nella normativa di settore, la regola (art. 182, comma 1, c. ass.) secondo cui la pubblicità «è effettuata avendo riguardo [...] alla conformità rispetto al contenuto della nota informativa e delle condizioni di contratto cui i prodotti stessi si riferiscono»⁴⁵. Alla base sono il dovere di buona fede precontrattuale (art. 1337 c.c.) ed, in qualche misura, il canone secondo cui il comportamento delle parti antecedente alla stipulazione ha valore ermeneutico (art. 1362, comma 2, c.c.)⁴⁶.

Infine, è da chiedersi se la sottoscrizione volta ad attestare di aver ricevuto i documenti prescritti – così come dispone l'art. 32, comma 2 del regolamento Isvap del 26 maggio 2010, n. 35 – sia sufficiente a far ritenere che l'assicurato ne abbia compreso il significato. Certamente non può essere trascurata l'autoresponsabilità del dichiarante, e tuttavia non è dato equiparare la ricezione di un documento alla sua comprensione. Facendo leva sulla giurisprudenza in materia di consenso informato del paziente nelle attività sanitarie⁴⁷, non potrà ritenersi adeguatamente assolto l'obbligo informativo con la mera sottoscrizione dell'assicurato di aver ricevuto le informazioni necessarie a comprendere la portata e dunque l'"utilità" del contratto. Ciononostante non si può esonerare la parte che nutra dubbi su qualche significato dall'onere di chiedere delucidazioni.

In definitiva, quando si tratta di plasmare nei fatti l'operatività di regole e di commisurarvi l'onere probatorio, occorre far leva sul criterio di ragionevolezza, che ha una funzione di adattamento⁴⁸ e consente di bilanciare interessi concretamente antagonisti.

43. È il caso delle informazioni confluite nell'«opuscolo informativo» in tema di servizi turistici (art. 38, comma 2, c. tur., approvato dall'art. 1, d.lg. 23 maggio 2011, n. 79): esse «vincolano l'organizzatore e l'intermediario in relazione alle rispettive responsabilità, a meno che le modifiche delle condizioni ivi indicate non siano comunicate al turista prima della stipulazione del contratto o vengano concordate dai contraenti, mediante uno specifico accordo scritto, successivamente alla stipulazione».

44. Sottolinea M. GAGLIARDI, *Il contratto*, cit., p. 120 ss., che l'integrazione del contratto per conformarlo alle informazioni pubblicitarie può dar luogo a risoluzione per l'inadempimento delle prestazioni promesse mediante quelle informazioni. Tuttavia la questione ha scarso rilievo nell'assicurazione della responsabilità professionale, perché si risolve nello scioglimento della copertura assicurativa.

45. Questa disposizione si coordina con quelle in tema di pubblicità ingannevole previste dal codice del consumo.

46. In materia di interpretazione viene in rilievo l'interrogativo se il comportamento precontrattuale costituisca solo un materiale da impiegare per determinare la comune intenzione delle parti (come, in effetti, dispone l'art. 1362, comma 2, c.c.) o possa esso stesso integrare l'autoregolamento contrattuale.

47. Cfr., da ultimo, Cass., 4 febbraio 2016, n. 2177, in *Ced Cassazione*, 2016: «In tema di attività medico-chirurgica, il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico», non «rilevando, ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone».

48. Si pensi alla figura del consumatore ragionevole, di cui al considerando n. 18 della direttiva 2005/29/

In altri termini la ragionevolezza serve nel concretare le norme adattandole ai fatti per realizzare gli interessi a cui esse tendono. Pertanto le asimmetrie informative rilevano per accentuare il dovere di buona fede a carico del predisponente, un dovere che si sostanzia nell'adattare le informazioni alle specifiche esigenze palesategli dall'assicurato⁴⁹.

5. Il contenuto del contratto. Oggetto e responsabilità. Interpretazione. L'esigenza di accertare in concreto l'utilità del contratto.

Veniamo al contenuto del contratto. Esso, di regola, è predisposto dall'assicuratore ed affidato a moduli o formulari. L'aderente, dunque, beneficia della classica protezione formale dettata dall'art. 1341, comma 2, c.c. (richiamato dall'art. 1342, comma 2, c.c.), e, in sede interpretativa, dall'art. 1370 c.c., su cui sarebbe soverchio intrattenersi.

La consapevolezza circa il contenuto del contratto, assai trascurata a vantaggio del predisponente dall'art. 1341, comma 1, c.c.⁵⁰, è ora prepotentemente imposta dal regime che abbiamo esaminato. Resta, tuttavia, per i contratti sottratti alla disciplina consumeristica⁵¹, la possibilità che clausole affidate a condizioni generali di contratto vincolino solo se conosciute benché non accettate. Quando ciò si verifica, non si ravvisa una «comune intenzione» (art. 1362 c.c.): ne segue che l'art. 1370 c.c. – «l'interpretazione contro l'autore della clausola» – diviene il primario perno interpretativo di quelle clausole⁵².

CE sulle pratiche commerciali sleali, in forza del quale il consumatore medio è quello «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia». In tema v. C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 700 ss.

49. Emblematica, in tal senso, la, ormai alluvionale e costante, giurisprudenza sulle informazioni in materia sanitaria. V., da ultimo, Cass., 4 febbraio 2016, n. 2177, cit., secondo cui la sottoscrizione del documento informativo da parte del paziente non è, in sé, idonea a provare la piena conoscenza circa la natura e gli effetti dell'intervento chirurgico, né rileva «ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone».

50. Secondo cui la vincolatività delle clausole prescinde dal consenso e si fonda sul requisito minimo della conoscibilità con l'uso dell'ordinaria diligenza. Il fatto che le clausole non vessatorie (ai fini dell'art. 1341, comma 2, c.c.) vincolino a prescindere dal consenso fa sì che, non ravvisandosi una «comune intenzione» (art. 1362 c.c.), l'art. 1370 c.c. costituisca un primario perno interpretativo del contratto per adesione.

51. Per i quali tale evenienza appare esclusa dall'art. 34, comma 2, lett. c, c. cons. Propende per l'estensione del regime dei contratti del consumatore ai contratti di assicurazione stipulati da microimprenditori e professionisti sul presupposto che essi siano estranei all'oggetto della professione benché ad esso collegati, e che sussistano, nelle specie, le stesse esigenze protettive alla base della disciplina consumeristica. M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., p. 140 ss., sollevando un sospetto di illegittimità costituzionale. La questione, tuttavia, è stata risolta negativamente dalla Consulta: cfr. Corte cost., 22 novembre 2012, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, c. 332, con note di A. PALMIERI, *Consumatore, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, e di A. PLATA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*.

52. Un'applicazione significativa di ciò è in Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Giur. it.*, 2010, p. 1560 ss.,

Superato il vaglio della consapevolezza, occorre esaminare la portata delle clausole pattizie. La tradizionale distinzione delle clausole che delimitano l'oggetto da quelle che limitano la responsabilità, benché netta e nitida in astratto⁵³, suscita qualche perplessità se si intende mettere a fuoco l'interesse per cui è concepito un determinato modello contrattuale⁵⁴, prescindendo dal punto di vista di ciascun contraente – che, ovviamente, tende al massimo vantaggio –, e valutando le clausole contrattuali in funzione della coerenza col tipo e, in difetto, dell'attitudine a perseguire interessi meritevoli di tutela. In altri termini l'importante è che il contratto non si riveli inutile e che gli obblighi di una parte abbiano un senso nell'operazione complessiva.

Sebbene la questione evochi il regime dei contratti del consumatore e dell'abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192), essa è attecchita anche là dove non si rintracciano norme specifiche e si inquadra nelle riflessioni sullo squilibrio economico e informativo tra contraenti⁵⁵.

Il tema, risalente, è affiorato con la costruzione del valore conformativo della buona fede oggettiva (artt. 1337 e 1375 c.c.) e si è corroborato con l'accentuazione delle tutele creative contro gli abusi dell'autonomia⁵⁶. Ha avuto, per quanto mi consta, emersioni in giurisprudenza, dapprima nel noto dibattito in tema di cassette di sicurezza⁵⁷, poi nell'impiego della buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.) come criterio di sindacato della validità (*rectius* dell'efficacia) di clausole contrattuali incompatibili col modello impiegato⁵⁸, ed

con specifico riferimento alla delimitazione del rischio assicurato nell'assicurazione sulla vita. Mi sia concesso, sul tema, il rinvio a E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, p. 299 ss. e p. 480 ss.

53. Vi fa leva, configurando le clausole *claims made* come «delimitazione del rischio assicurato» e perciò insuscettibili di configurare limitazione di responsabilità, M. GAGLIARDI, *Il contratto*, cit., p. 158 ss.; cfr., per un caso specifico, A. DI MAJO, *Clausole vessatorie e rischi assicurati: un difficile confine*, nota a Trib. Roma, 28 ottobre 2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 386 ss.

54. Uso l'espressione "modello" per prescindere dalla classificazione dei contratti per tipi normativi: mi sia concesso il rinvio al mio *I modelli contrattuali nella prassi bancaria per la concessione del credito alle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 271 ss., ora in E. DEL PRATO, *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, p. 195 ss.

55. Cfr., da ultimo, esaminando l'efficacia delle clausole *claims made* così come valutate in particolare da Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 11, p. 1434 ss.; F. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 545 ss.

56. La dottrina sul punto è ormai alluvionale. Per un primo approccio mi sia permesso ricordare ancora E. DEL PRATO, *La minaccia*, cit., p. 64 ss. e p. 95 ss.

57. V., da ultimo, Cass., 27 dicembre 2011, n. 28835, in *Danno resp.*, 2012, 2, p. 193 ss.; ricorda l'assonanza delle questioni alimentate dalle clausole assicurative *claims made* con quelle analizzate in tema di clausole di esonero da responsabilità nei contratti di custodia in cassette di sicurezza F. DELFINI, *Clausole claims made*, cit., p. 561 ss.

58. Cfr. Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3385 ss., con nota di F. SEBASTIO, *Leasing e concorrenza*. Si trattava della clausola che, nel *leasing* finanziario, accollava all'utilizzatore il rischio della mancata consegna della cosa da parte del venditore. Qui la S. corte ha ricavato dalla buona fede *in executivis* la nullità della clausola. La sua inefficacia – una sorta di "disapplicazione" – derivava dalla sua incoerenza con l'assetto di interessi fisiologicamente scaturente da quel modello contrattuale: dunque, senza scomodare la buona fede, la ragione dell'inefficacia andava rintracciata nella incompatibilità della clausola con un'operazione concepita in

infine come parametro di valutazione dell'esercizio del recesso contrattualmente accordato *ad nutum*⁵⁹.

Ha, inoltre, un riscontro sul piano normativo nell'art. 117, comma 8, t.u.b. (d.lg. 1 settembre 1993, n. 385), che legittima la Banca d'Italia a «prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato», con sanzione di nullità dei contratti «difformi»: qui si vuol scongiurare il rischio che le attese suscitate dall'etichetta del contratto siano frustrate dalla scoperta di qualche clausola che ne «avveleni»⁶⁰ la funzione⁶¹.

Su questo piano un significativo riscontro in tema di assicurazione sulla vita è nella conformazione del rischio assicurato all'interesse per il quale il contratto venne stipulato, impiegando la causa, come funzione economico-individuale, in vista di un'opera di interpretazione ortopedica sull'autoregolamento pattizio⁶². Qui nella funzione concreta del contratto vengono in rilievo i motivi per cui esso fu concluso per come gli stessi potevano essere oggettivamente percepiti dall'assicuratore.

Dunque è opportuno essere guardinghi dinanzi all'illazione che delimitazione dell'oggetto del contratto e limitazione della responsabilità si collochino su emisferi opposti e

vista del godimento della cosa. L'obbligo di pagare il prezzo senza poter fruire di godimento è giuridicamente insensato: lo si potrebbe definire, secondo le categorie tradizionali, privo di causa. Un significativo e risalente approccio tendente a valorizzare la buona fede nella conformazione del contenuto contrattuale è formulato da L. BIGLIAZZA GERI, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, ora in EAD., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 781 ss., spec. pp. 184 e 789: «un giudizio fondato sull'applicazione combinata degli artt. 1337 e 1366 può dar luogo, a seconda delle circostanze, all'accertamento della sostanziale inoperatività del regolamento posto e della necessità di procedere ad una «correzione» dello stesso». Cfr., infine, sul controllo del contenuto del contratto suffragato dagli «inderogabili doveri di solidarietà previsti dall'art. 2 Cost.», Corte cost., ord., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3767 ss., e Corte cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, ivi, 2014, p. 1497 ss.

59. Cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 5, con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in linea con quanto espresso dalla dottrina; cfr. E. DEL PRATO, o.u.c., p. 67.

60. Per adoperare la suggestiva espressione impiegata da Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., nel vaglio circa la meritevolezza di tutela in concreto delle clausole *claims made*.

61. Qui la Banca d'Italia ha un potere di tipizzazione «materiale», cioè effettuale, del contratto: lo «specifico criterio qualificativo» non si limita a descrivere la formula adoperata dalle parti, ma può individuare un assetto di interessi e colpirlo con la nullità a prescindere dal mezzo adoperato, secondo il modello delle c.dd. norme materiali.

62. Cfr. Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, cit., con nota di richiami. La S. corte ha cassato con rinvio la sentenza che aveva ritenuto operante la clausola di un contratto di assicurazione sulla vita, stipulato da un cultore del volo da diporto munito di idoneo brevetto, per il caso di morte dovuta ad incidente in volo, che escludeva la garanzia «nel caso in cui il decesso dell'assicurato è causato da incidente di volo, quando questi viaggi a bordo di aeromobile non autorizzato al volo o con pilota non titolare di idoneo brevetto o, in ogni caso, quale membro dell'equipaggio». Il decesso avvenne per un incidente a bordo di un elicottero, ed entrambi i giudici del merito avevano ritenuto questa evenienza estranea alla copertura assicurativa. La S. corte, nel cassare la sentenza, ha ritenuto che «il giudice dell'appello, nel valutare il contratto concluso, avrebbe dovuto interrogarsi sul perché l'assicurato avesse concluso quel contratto, quali esigenze lo avessero indotto ad assicurarsi in quel modo, ovvero quale fosse la funzione concreta che quel contratto, peraltro, contenente espressioni ambigue, veniva a svolgere nel temperamento degli interessi in gioco anche con la sua aleatorietà».

che il primo condizioni il secondo, nel senso che, solo dopo aver delineato l'oggetto, si può mettere mano alle questioni riguardanti l'adempimento. Ciò è certamente condivisibile in astratto: ma il procedimento di individuazione dell'oggetto non può prescindere dall'interesse a cui è funzionale un singolo, concreto, contratto di assicurazione.

Nella stessa prospettiva possiamo considerare le clausole sul recesso dell'assicuratore. Il recesso – è noto – è causalmente neutro, cioè può fondarsi su diverse ragioni. Può costituire, quando è previsto o connaturato al tipo di rapporto, reazione ad un inadempimento⁶³ o a qualche patologia diversa dalla nullità⁶⁴, come accade ai sensi dell'art. 1893 c.c. per il caso di dichiarazioni inesatte e reticenze senza dolo o colpa grave dell'assicurato; può essere determinativo dell'oggetto del contratto nei contratti a tempo indeterminato; può, infine, costituire, se previsto contrattualmente (art. 1373 c.c.), il diritto di una parte nei contratti a tempo determinato: un diritto, in linea di principio, insindacabile.

Con queste riflessioni generali possiamo, ora, guardare alle clausole tendenti a menomare l'interesse dell'assicurato professionista intellettuale.

Con schematizzazione drastica – ed in buona misura arbitraria per le ragioni enunciate – possiamo considerare le clausole che limitano il rischio, quelle che circoscrivono l'oggetto del contratto e quelle che consentono il recesso dell'assicuratore, mettendo a fuoco gli interessi a cui il contratto è strumentale: l'interesse del danneggiato, che, per l'obbligatorietà dell'assicurazione, è il perno su cui poggia il contratto; quello dell'assicurato, che tende alla massima copertura con il minor costo; quello dell'impresa assicuratrice, che è pur sempre un'impresa, e deve prevenire i rischi per quantificare, in una visione d'insieme, la misura dei premi dovuti dagli assicurati⁶⁵.

Va, infine, fissato un altro punto. L'apprezzamento delle clausole contrattuali coinvolge necessariamente la misura dei premi richiesti a fronte della copertura. La misura del corrispettivo costituisce, in sé, un utile criterio interpretativo – lo si riscontra in tema di presupposizione, dove l'alterazione della misura dello scambio rispetto ai normali parametri di mercato rivela la funzionalità del contratto a determinati interessi – per stabilire l'adeguatezza delle clausole contrattuali a realizzare l'interesse per cui viene pagato un certo corrispettivo.

Il fatto che quest'ultimo sia espressione squisita dell'autonomia, e che, in linea di principio, possa essere censurato solo quando l'esercizio dell'autonomia non sia genui-

63. Cfr. Part. 1385, comma 2, c.c.

64. Che renderebbe il recesso privo di causa, giacché esso presuppone la vincolatività del contratto.

65. Nell'attività assicurativa, infatti, il singolo rischio è neutralizzato dall'inserimento in una massa di rischi omogenei, ricostruita secondo il procedimento tecnico attuariale assicurativo con un costo individuale parziale. Ciò consente di comprendere le reali possibilità che si verifichi un certo tipo di sinistro e di determinare correlativamente la misura dei premi. A sua volta la natura del rischio, a prescindere dalla sua probabilità, ha una forte incidenza valutativa: ciò accade, come è noto, relativamente ai danni "lungolatenti", che riguardano, in particolare, alcune professioni sanitarie. Riferisce M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., p. 103, nota 113, che, secondo l'Ania, i sinistri «tardivi», cioè «quelli in cui la distanza temporale tra fatto generatore e richiesta di risarcimento supera i 12 mesi», sono la maggioranza.

no (cfr. l'art. 1440 c.c., in tema di dolo incidente), non impedisce di considerarlo come lo strumento ermeneutico piú affidante per stabilire il reale contenuto del contratto. Il corrispettivo, in sé, è insindacabile: lo conferma il regime dei contratti del consumatore (art. 34, comma 2, c. cons.), che, tuttavia, non esclude affatto l'esigenza di considerare complessivamente il contenuto contrattuale.

Una riflessione adeguata sul punto amplierebbe eccessivamente l'area del nostro discorso. Basta rilevare che l'insindacabilità del corrispettivo non toglie che esso costituisca un parametro di selezione, in via interpretativa, degli interessi contrattualmente rilevanti. In altri termini, se pure l'adeguatezza della misura dello scambio è espressione dell'autonomia, sicché è insindacabile in assenza di specifiche prescrizioni⁶⁶ (cfr. gli artt. 1438 e 1448 c.c.), essa può essere impiegata per valutare la coerenza di clausole al modello contrattuale utilizzato (non è casuale che non impieghi il termine «tipo») e finanche per sindacarne la meritevolezza di tutela.

Un indice interpretativo in questo senso si rintraccia, proprio in materia assicurativa, nel considerando n. 19 della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 (che ha previsto la protezione dei consumatori in materia contrattuale), a proposito di clausole abusive nei contratti del consumatore, secondo cui «le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurativo e l'impegno dell'assicuratore non formano oggetto di [...] valutazione» in chiave di abusività «qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore»⁶⁷.

Sia per la sede che per l'ambito applicativo, inerente ai contratti del consumatore, questa previsione non ha una diretta efficacia: e tuttavia rivela il naturale atteggiamento del contratto di assicurazione, nel quale la misura della corrispettività si quantifica oggettivamente in relazione al rischio assicurato sulla base di criteri del calcolo attuariale assicurativo.

Possiamo, con ciò, abbozzare una prima conclusione: tra le parti del contratto, la misura del premio costituisce un parametro utile per apprezzare i confini dei rischi assicurati e i limiti della copertura (cfr. l'art. 1905 c.c.). La stessa clausola di regolazione del premio, talvolta introdotta nei contratti, lo conferma: essa crea un meccanismo che adegua il premio ad un rischio effettivo che le parti non sono state in grado di prevedere contestualmente alla sottoscrizione del contratto⁶⁸.

Veniamo, senza pretesa di completezza, ad alcune clausole.

66. Cfr. A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 4ª ed., Torino, 2014, p. 200 ss.; E. ROPPO, *Contratto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 135 ss.

67. Sottolinea che tale previsione apre il varco ad un sindacato di proporzionalità del premio al rischio assicurato C.B.N. GIOFFI, *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1515 ss. La richiama anche B. TASSONE, *Clausole "claims made"*, cit., p. 717 ss., spec. p. 722 per sottolineare che tali clausole riguardano l'oggetto del contratto. In merito alle diverse interpretazioni di tale disposizione v. M. GAGLIARDI, *Il contratto*, cit., p. 197 ss., nota 42.

68. Sulla clausola di regolazione del premio v. Cass., Sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4631, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 919 ss., con nota di P. QUARTICELLI, *Contratto di assicurazione e clausola di regolazione del premio: il punto delle sezioni unite*, M. GAGLIARDI, cit., p. 97 ss.; M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., p. 119 ss.

6. L'oggetto dell'assicurazione professionale obbligatoria e i rischi esclusi.

Una premessa. In assenza di clausole delimitative, l'assicurazione dei rischi professionali copre tutti i danni derivanti dall'attività professionale, nei limiti del massimale assicurato. L'interesse dei terzi, potenziali danneggiati, che impregna l'assicurazione obbligatoria, impone la protezione di tutti i rischi derivanti dal concreto esercizio della professione.

Ciò induce a chiedersi se l'esercizio di determinate attività, per le quali non sia necessaria l'iscrizione ad un albo, richiedano la copertura assicurativa se svolte da parte di un professionista iscritto ad un albo: ad esempio la carica di consigliere di amministrazione⁶⁹. Ritengo che, quando non si tratti di prestazioni il cui esercizio richiede l'iscrizione ad un albo⁷⁰, non sussista un correlativo obbligo assicurativo.

L'esigenza di coprire tutte le prestazioni caratteristiche l'esercizio professionale, nei limiti in cui esso sia concretamente effettuato, rende illecito disciplinare la mancata copertura assicurativa di rischi inerenti l'attività concretamente effettuata. In sintesi il professionista che intenda limitare la copertura assicurativa escludendo alcuni rischi incorrerà in illecito disciplinare ove svolga le prestazioni a cui quei rischi ineriscono.

Dunque le clausole di esclusione del rischio – quelle, cioè, che sottraggono dalla copertura alcune prestazioni professionali (ad es. il consigliere di amministrazione e il sindaco di società) – sono, in sé, astrattamente meritevoli di tutela se la prestazione non presuppone l'iscrizione all'albo.

All'obbligo di una copertura assicurativa da parte del professionista non corrisponde un obbligo legale di contrarre dell'assicuratore. Occorre, perciò, chiedersi quale sia la posizione di quest'ultimo nella dinamica dell'adempimento dell'obbligo assicurativo da parte del primo.

Sebbene la violazione dell'obbligo di assicurazione abbia effetti solo per il professionista, sul piano disciplinare e per la mancanza di copertura, gli obblighi informativi gravanti sull'assicuratore – che abbiamo già esaminato – e la tutela contro le pratiche commerciali scorrette impongono allo stesso assicuratore un cospicuo dovere di diligenza per fornire al professionista la più ampia protezione quanto ai tipi di rischi coperti.

Sarebbe perciò inadempimento di questo dovere introdurre clausole che escludono rischi derivanti dall'inadempimento di prestazioni accessorie – come, ad es., quelle che non coprono la responsabilità sanitaria nel caso di mancata sottoscrizione del modulo informativo da parte del paziente –, salva la prova che l'assicurato fosse consapevole della clausola e che la riduzione del rischio assicurato abbia determinato una corrispondente riduzione dei premi.

69. Da ricordare che è illecito disciplinare dell'avvocato rivestire la carica di amministratore unico o di amministratore delegato. Peraltro l'illiceità disciplinare non scalfisce la validità civilistica del contratto.

70. Come, ad es., il sindaco di società e il revisore dei conti.

Inoltre, l'introduzione di tali clausole, senza correlativamente informare l'assicurato della loro portata, costituisce pratica commerciale scorretta perché contraria alla diligenza professionale ed idonea a falsare il comportamento dei potenziali assicurati (art. 20 c. cons.), ed altresì pratica ingannevole (art. 21 c. cons.) allorché sia presentato come assicurazione professionale un contratto che limiti la copertura rispetto a prestazioni caratteristiche, benché accessorie, della professione.

7. Limitazioni della copertura assicurativa. Il problema delle clausole che assicurano contro la pretesa (c.dd. *claims made*): la compatibilità col tipo contrattuale e la congruità all'interesse a cui il contratto deve assolvere come parametri di valutazione. Le clausole incompatibili e la loro inefficacia.

Sulle clausole che assicurano contro le pretese, note come *claims made*, si è scritto molto, con variegata prospettazione e conclusioni; numerose le sentenze di merito sul punto; una manciata le sentenze della S. corte⁷¹, tra cui, recentissime, due Sezioni unite⁷². Il primo problema che esse sollevano è intendersi sul significato delle parole. A tal fine, per un'opportuna semplificazione, prenderò in esame le parole impiegate dalle Sezioni unite ed il senso che esse vi hanno attribuito.

Le clausole *claims made* circoscrivono il rischio assicurato alle pretese formulate contro il professionista trasmesse all'assicuratore durante la vigenza del contratto. Esse sono dette "pure" quando non ha alcuna rilevanza la data di commissione dell'illecito; "miste" o "impure" quanto «prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con retrodatazione della garanzia, in taluni casi [...], alle condotte poste in essere anteriormente (in genere due o tre anni dalla stipula del contratto)»⁷³.

71. Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 145 ss., con nota di A. ANTONUCCI, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione: la clausola claims made*, e con nota di A. Bonuomo, in *Giur. it.*, 2006, p. 254 ss.; Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, in *Contratti*, 2013, p. 884 ss. (che, tuttavia, si è occupata della rilevanza della clausola che, coesistente con quella *claims made*, prevedeva la caducità della copertura in caso di violazione, da parte dell'assicurato, dell'obbligo di rendere dichiarazioni complete e veritiere circa la rappresentazione del rischio al momento della sottoscrizione del contratto), con nota di M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*; Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Giur. it.*, 2014, p. 803 ss., con nota di F.A. MAGNI, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*; Cass., 10 novembre 2015, n. 22891, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 361 ss., con nota di M. FERMEGLIA, *Quando la clausola claims made è vessatoria? Finalmente una risposta della cassazione*; Cass., 13 febbraio 2015, n. 2872, in *Danno resp.*, 2016, p. 186 ss., con nota di B. TASSONE, D. NARDO, *Le clausole claims made di nuovo in cassazione: atto quarto o semplice bis?*

72. Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., a cui ha puntualmente aderito Cass., Sez. un., 2 dicembre 2016, n. 24645, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 619 ss., con nota di M. FERMEGLIA, *Le sezioni unite confermano se stesse sulla natura della clausola claims made*. Nel licenziare le bozze si è avuta notizia del deposito di una ulteriore sentenza, Cass. 28 aprile 2017, n. 10506, in *CED Cassazione*, 2017, di cui si dirà più innanzi.

73. Così Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.

Commisurate alla definizione dell'assicurazione della responsabilità civile data dall'art. 1917, comma 1, c.c.⁷⁴, le clausole *claims made* estendono la copertura agli illeciti passati – con un limite temporale se “impure” – e non coprono gli illeciti intervenuti nel tempo del contratto ma invocati dopo la sua scadenza.

Si comprende subito che la clausola è decisamente nell'interesse dell'assicuratore, giacché determina la cessazione della copertura alla scadenza del contratto, senza, dunque, comprendere il tempo di prescrizione dei diritti dei terzi danneggiati, come, invece, accade nello schema delineato dall'art. 1917, comma 1, c.c. La copertura di potenziali illeciti precedenti ha, in concreto, una utilità limitata se non nulla se si considera il regime delle dichiarazioni inesatte e delle reticenze dell'assicurato previsto dagli artt. 1892 e 1893 c.c.: un professionista è, verosimilmente, a conoscenza dei fatti da cui può occasionare qualche sua responsabilità.

Va, quindi, chiarito un punto. Le clausole in questione non presentano alcuna estensione retroattiva della copertura⁷⁵: se il rischio garantito è dato dalle “pretese” formulate durante la vigenza del contratto, ipotizzare qualche retroattività costituisce, in sé, una presentazione ingannevole. La pretesa deve intervenire durante la copertura, quale che sia il tempo in cui il fatto si è verificato: ciò delinea l'ambito dell'assicurazione, sicché ogni allusione alla retroattività è fuorviante.

Le clausole *claims made*, piuttosto, rispetto alla nozione delineata nell'art. 1917, comma 1, c.c., escludono alcuni rischi: quelli derivanti da illeciti compiuti durante la vigenza del contratto ma non coperti se le correlative pretese sono formulate successivamente. Da qui la possibilità di “buchi di copertura”, avvertita da ultimo – per completezza – anche nella citata sentenza delle Sezioni unite della S. corte, ai quali è dato ovviare essenzialmente rinnovando il contratto con la medesima compagnia: donde la fidelizzazione dei clienti. Infatti la possibilità di procedere in tempo utile alla stipulazione di una nuova polizza con un'altra compagnia potrebbe rivelarsi inutile in ragione dei doveri informativi gravanti sull'assicurato, a cui può conseguire l'annullamento del contratto (art. 1892 c.c.) o il recesso dell'assicuratore (art. 1893 c.c.).

In sintesi: queste clausole, la cui ragion d'essere si spiega in relazione ad attività operanti nell'ignoto tecnologico ed idonee a generare danni “lungolatenti”, avvantaggiano sensibilmente le imprese assicuratrici se proiettate nell'esercizio di prestazioni professionali, anche sanitarie. Da qui i dubbi sulla loro validità, sulla loro vessatorietà e sulla loro incidenza sulla qualificazione del contratto come assicurazione o come contratto atipico.

74. Il quale dispone: «Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo in dipendenza della responsabilità dedotta in contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi».

75. Come ritiene, da ultimo, anche Cass., Sez. un., 5 maggio 2016, n. 9140, cit.

Ecco i tratti delle varie posizioni, con drastica semplificazione.

Per l'impostazione piú rassicurante le clausole *claims made* enunciano una definizione convenzionale di «sinistro» (artt. 1882 e 1913 c.c.)⁷⁶. Il «fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» è la pretesa risarcitoria del terzo⁷⁷. La tesi è corroborata col richiamo all'art. 2952, comma 3, c.c., in tema di prescrizione in materia di assicurazione⁷⁸. Tuttavia questa disposizione esprime, piuttosto, la regola secondo cui la prescrizione decorre «dal giorno in cui il diritto può esser fatto valere» (art. 2935 c.c.)⁷⁹: essa, perciò, appare ininfluente per delineare l'ambito del «sinistro».

Né verrebbe in rilievo un rischio putativo, cioè la non assicurabilità di un fatto già accaduto (artt. 1895 e 1904 c.c.), con la conseguente nullità del contratto⁸⁰, proprio perché, convenzionalmente, il rischio si sostanzia nella pretesa risarcitoria, non nel fatto che l'ha generata⁸¹.

In questa prospettiva le clausole *claims made* non provocano l'esuberanza dal tipo contrattuale: esse delineano un possibile atteggiamento del contenuto del contratto di assicu-

76. Ciò non è precluso da norme inderogabili dettate nell'ambito del tipo: l'art. 1932 c.c. non menziona tra le norme inderogabili l'art. 1917, comma 1, c.c. Rileva M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., p. 35 ss., che la mancanza di una espressa indicazione di inderogabilità non toglie che la questione debba essere considerata in relazione alle circostanze concrete, per valutare «se vi siano obiettive ragioni che giustifichino uno scostamento assai significativo come quello realizzato dalla clausola in parola rispetto al regime legale». La tesi dell'inderogabilità dell'art. 1917, comma 1, c.c. è formulata da Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 103 ss., con nota di I. CARASSALE, *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*.

77. Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Assicurazioni*, 2010, p. 6 ss.; M. GAGLIARDI, *Il contratto*, cit., p. 99 ss. Cosa dovesse intendersi per «sinistro» fu molto dibattuto al tempo della redazione del codice civile: cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, XIII, Torino, 1985; EAD., *Le assicurazioni. Problemi giuridici: Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992. Sul punto anche N. DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2007, p. 105 ss., dove ulteriori riferimenti.

78. Secondo cui «nell'assicurazione della responsabilità civile, il termine decorre dal giorno in cui il terzo ha richiesto il risarcimento all'assicurato o ha promosso contro di questo l'azione».

79. Cfr. Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, cit.; il punto è diffusamente trattato nella motivazione di Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.

80. Tesi, questa, sostenuta da App. Roma, 31 luglio 2007, n. 3417, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, che aveva d'ufficio dichiarato la nullità del contratto in danno dell'assicurato (poi cassata da Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, cit.), e da Trib. Roma, 1 agosto 2006, n. 16975, in *Dir. econ. ass.*, p. 171 ss., con nota di D. DE STROBEL, *Claims made e rischio putativo*.

81. Cfr., per questa osservazione, Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, cit., «un'alea esiste, pur se di natura e consistenza diverse da quella avente ad oggetto i comportamenti colposi del professionista»; «l'alea non concerne i comportamenti passati nella loro materialità, ma la consapevolezza da parte dell'assicurato del loro carattere colposo e della loro idoneità ad arrecare danno a terzi»; nello stesso senso Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.; in dottrina M. GAGLIARDI, *Il contratto*, cit., p. 144 ss. Da notare che Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, cit. – che ha cassato la sentenza citata nella nota precedente per avere rilevato *ex officio* la nullità del contratto per mancanza di alea – si è preoccupata di premettere che «il problema dell'efficacia della clausola *claims made* viene qui esaminato e deciso con esclusivo riferimento al caso oggetto di esame, cioè al caso in cui la copertura assicurativa sia estesa ai comportamenti anteriori alla stipulazione del contratto». Altro argomento nel senso prospettato nel testo è che il rischio putativo è ammesso dall'art. 514 c. nav. (sul tema v. S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010, *passim*).

razione. Una variante è nel circoscrivere questa conclusione alla sole clausole *claims made* “impure”, quando non solo la condotta dell’assicurato, ma anche la pretesa risarcitoria del danneggiato intervengono nel corso della vigenza del contratto⁸².

Secondo un’altra tesi la clausola *claims made* rende atipico il contratto, perché esula dalla nozione dettata dall’art. 1917, comma 1, c.c.⁸³: il «fatto accaduto durante il tempo dell’assicurazione di cui parla l’art. 1917 cod. civ. non può essere identificato con la richiesta di risarcimento»⁸⁴.

Questa tesi appare piuttosto formalistica; né è stata affermata in funzione della concreta esigenza di stabilire l’applicazione di determinate norme, come, ad es., del termine ordinario di prescrizione dei diritti derivanti dal contratto in luogo di quello breve previsto per l’assicurazione dall’art. 2952 c.c.⁸⁵. Anzi, per ciò che è dato intendere⁸⁶, si direbbe che la conclusione dell’atipicità sia stata smentita dalla riconduzione del contratto al tipo assicurazione.

Inoltre l’assunto dell’atipicità del contratto non si spiegherebbe in relazione ad uno dei modi in cui esso può operare, cioè quando sia il fatto generatore del danno, sia la pretesa risarcitoria si verificano nella sua vigenza⁸⁷: qui, infatti, il dato fattuale di riferimento

82. Così Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.

83. Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.; Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, cit.; Cass., Sez. un., 9 maggio 2016, n. 9140, cit., relativamente alle clausole *claims made* “pure”. Critica M. GAGLIARDI, cit., p. 157 ss.

84. Così Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., che soggiunge «non par dubbio infatti che il lemma – inserito all’interno di un contesto normativo in cui sono espressamente esclusi dall’area della risarcibilità i danni derivati da fatti dolosi (art. 1917, comma 1, ultimo periodo); in cui sono imposti all’assicurato, con decorrenza dalla data del sinistro, significativi oneri informativi (art. 1913 cod. civ.); e in cui, infine, è espressamente sancito e disciplinato l’obbligo di salvataggio (art. 1914 cod. civ.) – si riferisce inequivocamente alla vicenda storica di cui l’assicurato deve rispondere». Stesse considerazioni si rinvencono in Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.

85. Come è, invece, accaduto nel caso deciso da App. Roma, 4 maggio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 922 ss., con nota di I. SABBATELLI, *Programmi di risparmio e causa del contratto*: la sentenza ha escluso la riconducibilità all’assicurazione di un programma di risparmio realizzato nella forma di polizza assicurativa, negando l’applicazione della prescrizione breve (art. 2952 c.c.). La decisione di primo grado, conforme (Trib. Roma, ord., 20 ottobre 2010, ined.), può essere letta in E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 119 ss., nota 129, ora in Id., *Lo spazio dei privati*, cit., p. 391 ss.

86. Dalla motivazione di Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.; Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., formula, invece, in linea generalizzata, ma teorica, la conclusione che le clausole *claims made* “pure” valgono «a far trascinare» il contratto «fuori della fattispecie delineata nell’art. 1917 c.c.». L’assunto, tuttavia, non è funzionale alla decisione.

87. Ed infatti Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., ritiene che rientrino nel tipo assicurazione le clausole *claims made* “impure”, perché qui il rischio «è collegato non solo alla condotta dell’assicurato danneggiante, ma altresì alla richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato», soggiungendo che è «fin troppo ovvio che ove al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda di ristoro, nessun diritto all’indennizzo – e specularmente nessun obbligo di manleva – insorgeranno a favore e a carico dei soggetti del rapporto assicurativo». Dunque – soggiunge la sentenza in esame – «il discostamento dal modello codicistico introdotto dalla clausola *claims made* impura [...], mirando a circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo, rispetto al dato costituito dall’epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, si iscrive a pieno titolo nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, entro i quali, a norma dell’art. 1905 cod. civ., l’assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall’assicurato. E poiché non è seriamente predicabile

ricade appieno nella nozione dell'art. 1917, comma 1, c.c. Anche in questo caso sarebbe formalistico qualificare il contratto solo in base al tenore della clausola trascurando il modo in cui essa può concretamente operare.

Ciò che rileva, infatti, nel procedimento di qualificazione, non è tanto la pedissequa sussumibilità del testo contrattuale nella nozione normativa che delinea il tipo, quanto, piuttosto, la corrispondenza degli interessi cui tendono le parti con quelli rispecchiati da un determinato tipo contrattuale⁸⁸. Poiché le clausole *claims made* non snaturano il contratto, ma perseguono, sia pure con alcune delimitazioni (cfr. l'art. 1905 c.c.), un interesse assicurativo, esse sono riconducibili al tipo. Il punto, tuttavia, qui è un altro: se quelle clausole realmente perseguono l'interesse a cui ragionevolmente tende chi stipuli un'assicurazione contro la responsabilità professionale. Ci torneremo su.

Un'altra constatazione: se la formula *claims made* rendesse atipico il contratto, si dovrebbe dubitare che essa configuri l'adempimento di un obbligo assicurativo *ex lege*.

Le clausole in esame non si sono sottratte alla censura della nullità, per una ragione diversa da quella rilevata prima⁸⁹. L'afferma, sia pure in un *obiter dictum*, Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, per il caso in cui il sinistro, inteso come il fatto generativo della pretesa, si è «realizzato nel pieno vigore del contratto di assicurazione», ma «la domanda risarcitoria è stata per la prima volta proposta dopo lo scioglimento del contratto medesimo». La ragione della nullità si fonderebbe sulla mancanza, «in danno dell'assicurato» del «rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo, per il solo fatto che la domanda risarcitoria viene proposta dopo lo scioglimento del contratto (come frequentemente avviene [...] in tema di responsabilità professionale)»⁹⁰.

Con ciò la riflessione si sposta sul piano dell'apprezzamento della utilità del contratto per l'assicurato. All'anticamera di ciò è la questione della possibile vessatorietà delle clausole *claims made* ai fini dell'art. 1341, comma 2, c.c.

che l'assicurazione della responsabilità civile sia ontologicamente incompatibile con tale disposizione, il patto *claims made* è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 cod. civ., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto piuttosto che la responsabilità» (corsivo aggiunto).

88. Mi sia concesso il riferimento a E. DEL PRATO, o. u. c., p. 87 ss., per riferimenti ulteriori, e spec. pp. 103 e 106 ss., nota 88, relativamente all'appalto, e nota 86, riguardo ad alcune pattuizioni assicurative contenute in contratti di lavoro; con determinazione P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 391 ss., spec. p. 408 ss.; ID., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 549 ss.; ID., *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, p. 232 ss., spec. p. 343 ss.

89. V., *retro*, nota 81 e testo corrispondente.

90. Così Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, cit.; la nullità della clausola per difetto di corrispettività, con sostituzione automatica della disciplina dettata dall'art. 1917 c.c., è stata affermata da Trib. Roma, 10 aprile 2013, in *Corr. merito*, 2013, p. 1162 ss., con commento di F.A. MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della "clausola" claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*.

La S. corte si è posta tale questione ritenendo che la si debba risolvere con una valutazione casistica, sebbene, nei casi esaminati, abbia escluso la vessatorietà⁹¹. Peraltro l'operatività del regime legale si tradurrebbe in uno svantaggio per l'assicurato relativamente ai fatti generatori di responsabilità precedenti alla stipulazione del contratto.

Ma è a dir poco difficoltoso configurare una limitazione di responsabilità, visto che la clausola si risolve in un limite al danno assicurato⁹². Le clausole limitative della responsabilità (art. 1229 c.c.) presuppongono la previa individuazione del debito, mentre la delimitazione del rischio assicurato serve invece ad individuarlo. Anche se non direttamente collegata a un inadempimento, la limitazione di responsabilità ne richiede la previa individuazione⁹³.

Il problema, in realtà, è stabilire la “bontà” dell'assicurazione, cioè la sua utilità per l'assicurato. Su questo piano la valutazione riguarda la meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti attraverso le clausole in esame (art. 1322 c.c.): una valutazione imposta dalla constatazione che esse innestano nel contratto una nota non conforme al tipo legale⁹⁴.

91. Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.; Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, cit. Si veda anche Cass., Sez. un., 2 dicembre 2016, n. 24645, cit., e, ancor più recente, Cass. 28 aprile 2017, n. 10506, cit., per la quale, l'inefficacia della clausola si fonda, in quanto deviante dal tipo, sull'immeritevolezza di tutela degli interessi che essa persegue. Per la tesi della vessatorietà in concreto v. Trib. Milano, 18 marzo 2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 834 ss., con nota di F.A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, secondo cui è vessatoria la clausola “impura”, che limita la garanzia «ai fatti verificatisi non oltre tre anni prima della conclusione del contratto di assicurazione».

92. Come ha rilevato Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., rilevando che la clausola “impura” circoscrive «la copertura assicurativa in dipendenza di un fatto temporale aggiuntivo rispetto al dato costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva», sicché essa delimita «l'oggetto piuttosto che la responsabilità». Non riguarda, infatti, il problema della limitazione di responsabilità Cass., 10 novembre 2009, n. 23741, in *CED Cassazione*, 2009, sebbene equipari, in un *obiter dictum*, le clausole che escludono il rischio garantito a quelle che limitano la responsabilità (il dibattito originava dalla clausola che escludeva la copertura assicurativa per l'infortunio derivante dalla guida di motoveicoli da parte di un soggetto privo di patente; giustamente la S. corte ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la vessatorietà ai fini dell'art. 1341, comma 2, c.c.).

93. È ciò che si è verificato nel caso in cui la S. corte ha ritenuto che limitava la responsabilità dell'assicuratore la clausola che prevedeva la non trasmissibilità del diritto all'indennizzo per invalidità permanente agli eredi in caso di decesso dell'assicurato prima della liquidazione concreta dell'indennità stessa (cfr. Cass., 11 gennaio 2007, n. 395, in *Danno resp.*, 2007, p. 905 ss., con commento di G. CECCHERINI, *Clausole abusive e contratto di assicurazione: verso un controllo di tipo sostanziale*, la quale propende per una valutazione del contenuto contrattuale sottolineando che la clausola in questione appare vessatoria nella prospettiva dell'art. 33 c. cons.).

94. Fa leva sull'art. 1322, comma 1, c.c. («de parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge») per ritenere che «la deroga all'art. 1917, comma 1, c.c. nella misura che si rivolga al futuro – e cioè escluda dalla copertura sinistri verificatisi vigente la polizza ma posti a base di richieste di risarcimento successive alla cessazione della stessa (come consentito dal lungo termine prescrizione) – costituirà dunque violazione dell'art. 1322, comma 1°, c.c. con conseguente nullità ex art. 1418, comma 1°, c.c.», una «nullità parziale, delle clausole di restrizione abusiva dell'oggetto della prestazione caratterizzante il tipo», F. DELFINI, *Clausole claims made*, cit., p. 569. L'inefficacia della clausola *claims made* per immeritevolezza degli interessi perseguiti

Il problema della coerenza di una clausola al tipo legale è decisamente sottile allorché il tipo non sia caratterizzato da disposizioni cogenti “materiali”, che cioè guardano agli effetti realizzati prescindendo dallo strumento contrattuale impiegato per perseguirli, come accade, ad es., in tema di lavoro subordinato e di contratti agrari, dove l’inderogabilità del tipo discende dallo svolgimento, in fatto, di una determinata prestazione.

Nei modelli assicurativi la questione non può essere risolta con nettezza, perché renderebbe senz’altro inderogabile l’art. 1917, comma 1, c.c. ad onta del fatto che esso non è annoverato dall’art. 1932, comma 1, c.c. tra le disposizioni inderogabili.

Il parametro finale di valutazione diviene, allora, la buona fede nell’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), a cui ho fatto cenno precedentemente: essa viene impiegata per stabilire la coerenza di una clausola all’interesse che rappresenta il centro di gravità per cui il contratto viene stipulato. Vi sono già alcuni precedenti sul punto, in tema di *leasing* e di assicurazione⁹⁵: in sintesi la clausola è contraria a buona fede quando vulnera la realizzazione di quell’interesse, in modo da caducare l’utilità del contratto⁹⁶.

In passato, pur rilevandone il grande interesse, ho considerato la questione con occhio guardingo⁹⁷ quando non vi siano abusi precontrattuali di una parte⁹⁸. Il timore era che l’utilizzo di *standards* valutativi nel giudizio di validità di un contratto ampliasse l’orizzonte delle nullità espandendo i parametri della nullità virtuale. Osservavo che «l’elaborazione di ipotesi di nullità elastiche, dipendenti dall’incongruenza della clausola rispetto all’assetto d’interessi che impronta il contratto, sottopone l’intento delle parti, da cui va attinta la causa in concreto, ad un giudizio selettivo degli interessi coinvolti, sicché l’affermazione dell’incongruenza della clausola si risolve in un’opzione interpretativa che, nel singolo contratto, privilegia una funzione rispetto all’altra. [...] Il giudizio di validità dipende costantemente da un’opzione interpretativa: e se la nullità viene fatta dipendere dall’incompatibilità di una clausola col dovere di eseguire il contratto in buona fede (art. 1375 c.c.), quell’opzione spazierà in un orizzonte esteso quanto la clausola generale, dove parametro non è una fattispecie definita

è ora affermata da Cass. 28 aprile 2017, n. 10506, cit. Essa, facendo leva sull’art. 1322, comma 2, c.c., e richiamando la Relazione sul Codice civile, e gli artt. 2, 4, comma 2, e 41, comma 2, Cost., osserva che l’immeritevolezza discende «dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati»: donde l’inefficacia della clausola perché realizza «un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita», perché «pone l’assicurato in una posizione di indeterminata soggezione rispetto» all’assicuratore, e perché «può costringere l’assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti».

95. Citati *retro*, nota 58.

96. La questione ricorda le clausole c.dd. a sorpresa nelle condizioni generali di contratto regolate dal § 305c BGB: quelle che l’aderente, sulla base delle circostanze e della struttura esteriore del contratto, non poteva immaginare e che pertanto non entrano a far parte del contratto.

97. Cfr. E. DEL PRATO, *I modelli contrattuali nella prassi bancaria*, cit., p. 271 ss., spec. p. 287 ss., ora in Id., *Lo spazio dei privati*, cit., p. 175 ss., a cui rinvio per ulteriori riferimenti.

98. Per l’impiego della buona fede conformativa contro gli abusi di autonomia cfr. E. DEL PRATO, *La minaccia*, cit., pp. 95 ss. e 121 ss.

nella struttura o negli effetti, ma la valutazione di un comportamento. L'interprete, e cioè il giudice, non sarà solo arbitro dei criteri di qualificazione dell'atto rispetto alla *regola* sulla nullità, come accade normalmente, ma sarà arbitro di individuare la stessa *regola* sulla nullità»⁹⁹.

Da qui la conclusione che questo sia un impiego della buona fede sostanzialmente identico a quello dettato per valutare la vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore (art. 33 c. cons.) e l'interrogativo se se ne possa escludere l'eccezionalità ritenendo che esprima un principio generale suscettibile di applicazione analogica¹⁰⁰. Interrogativo al quale diedi, e ritengo si debba ancora dare, risposta negativa¹⁰¹.

Se, dunque, una valutazione sul terreno del significativo squilibrio resterebbe verosimilmente preclusa anche in ambito consumeristico, visto che inerisce alla prestazione caratteristica dell'assicuratore, purché «individuata in modo chiaro e comprensibile» (art. 34, comma 2, c. cons.), restano, però, aperte due questioni: il destino della clausola incompatibile con la funzione concreta del contratto; la portata delle clausole che alterano la funzione di un modello contrattuale.

Sul primo punto: deve ritenersi improduttiva di effetti la clausola che snatura la funzione di un contratto ed è con esso incompatibile¹⁰². Essendo pressoché ineffabile un contratto autenticamente atipico, si tratterà di clausole che realizzano deviazioni, più o meno accentuate, dal tipo. Quando la collisione è con la stessa funzionalità del contratto non occorre evocare il regime dei contratti del consumatore chiedendosi se lo si possa applicare per qualche via: la clausola incompatibile, che caduca l'interesse che è il centro di gravità del contratto è inefficace, con conformazione cogente del contratto, ove sia possibile.

8. Le clausole sul recesso.

Si apprezza appieno in questa logica la clausola che dà all'assicuratore facoltà di recedere, giacché il tempo della copertura costituisce un profilo dell'oggetto del contratto su cui viene determinata la misura dei premi¹⁰³.

99. Cfr. E. DEL PRATO, *I modelli contrattuali nella prassi bancaria*, cit., p. 287 ss.

100. Per l'applicazione del regime dei contratti del consumatore al contratto di assicurazione dei professionisti v. ora M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., p. 138 ss.

101. Fondata su due argomenti: «Il regime dei contratti del consumatore è caratterizzato da due limiti che ne circoscrivono l'ambito applicativo. Il primo limite, soggettivo, attiene alla qualità dei contraenti: consumatore, l'uno [...]; professionista l'altro [...]. Un ulteriore limite è oggettivo: esso esclude che la buona fede possa essere utilizzata per sindacare il cuore del contratto, e cioè "la determinazione dell'oggetto del contratto" e "l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi" purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile. Pertanto quel regime è insuscettibile di proiezioni generalizzanti. Il secondo argomento è che la presunzione di abusività di una clausola può essere superata dalla prova che vi è stata sul punto una trattativa individuale» (ora art. 34, comma 4, c. cons.). «Non viene, quindi, in rilievo la buona fede in sé o il contenuto della clausola (a parte il caso delle clausole cosiddette "nere")», ora previste nell'art. 36 c. cons., «ma l'effettività di una trattativa sulla clausola. E la trattativa, in sé, è ben lungi dal significare, sotto il profilo economico e sociale, pienezza della parità contrattuale» (così E. DEL PRATO, o.u.c., p. 289).

102. È il caso deciso da Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, cit.

103. Essa, peraltro, è estremamente sfavorevole per l'assicurato quando la copertura riguarda le pretese

Dunque, il recesso, quand'anche supportato dal verificarsi di un sinistro¹⁰⁴, altera del tutto la funzionalità del contratto: i premi non sono stabiliti e corrisposti in ragione del tempo a cui si riferiscono le rispettive scadenze, ma in funzione di tutta la durata della copertura. Ne segue che la liberazione dell'assicurato dall'obbligo di versare i premi, per effetto del recesso dell'assicuratore, non costituisce una forma di bilanciamento.

Se la copertura assicurativa copre determinati rischi, l'ammissibilità del recesso dell'assicuratore per il verificarsi di un sinistro inerente a quegli stessi rischi svuoterebbe l'utilità per cui il contratto è stato stipulato in vista di un determinato lasso temporale, al punto da rendere meramente potestativa la vigenza dell'assicurazione. Né potrebbe avere una seria funzione di bilanciamento l'analoga facoltà prevista per l'assicurato: presumerlo significherebbe gettare nell'oblio la funzione del contratto¹⁰⁵.

In altri termini, l'alea si commisura sul termine finale dell'assicurazione: sicché la facoltà di recesso anticipato a causa di un sinistro inerente al medesimo rischio assicurato si traduce in una frustrazione dell'alea. Da qui la conclusione che la clausola che la prevede è inefficace, perché sta sullo stesso piano della mera potestatività, cioè della mancanza di serietà dell'impegno (art. 1355 c.c.)¹⁰⁶. Né può opporsi che la facoltà di recesso si fonderebbe sulla modifica del rischio per l'intervento di sinistri: il rischio originariamente preventivato, l'alea configurata col contratto, resta inalterato.

Opposta è, invece, la conclusione se l'evento che legittima il recesso dell'assicuratore è estraneo all'area dei rischi coperti o si traduce in un aggravamento del rischio (art. 1898 c.c.). Nel primo caso la clausola che ne prevede la facoltà è vessatoria ai fini dell'art. 1341 c.c.; nel secondo il fatto deve necessariamente esulare dall'area dei rischi coperti¹⁰⁷.

(*claims made*) e non i fatti generatori di danno.

104. Singolarmente poca la giurisprudenza di legittimità in materia: Cass., 28 ottobre 1980, n. 5779, in *Mass. Giur. it.*, 1980, ritiene che la clausola «che preveda la facoltà di recesso dell'assicuratore dopo ogni sinistro integra un'ipotesi di recesso convenzionale, secondo la previsione dell'art. 1373 c.c., alla quale non è applicabile il termine fissato dall'art. 1898 c.c., per il diverso caso del recesso legale in conseguenza dell'aggravamento del rischio».

105. In tema di contratti del consumatore, hanno ritenuto vessatoria la clausola che consente il recesso dell'assicuratore, nonostante la previsione di reciprocità, App. Roma, 7 maggio 2002, in *Assicurazioni*, 2002, II, p. 142; Trib. Roma, 5 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 743 ss., con nota di R. ZUCCARO, *Ancora qualche riflessione in tema di tutela del consumatore e clausole abusive*; Trib. Roma, 28 ottobre 2000, in *Contratti*, 2001, p. 441 ss., con nota di A. SCARPELLO, *Clausole abusive nei contratti di assicurazione del consumatore*; Trib. Napoli, 16 giugno 2003, in *Giur. nap.*, 2004, p. 49.

106. L'art. 1355 c.c. prevede la nullità, che, in definitiva, si risolve nella non riconducibilità dell'accordo all'intento contrattuale, per mancanza di serietà della determinazione dell'alienante o dell'obbligato. La questione se la clausola che prevede il recesso dell'assicuratore dopo ogni sinistro sia nulla o meramente inefficace non è secondaria in relazione all'art. 1419, comma 1, c.c. La soluzione non può essere diffusamente argomentata in questa sede: ma ritengo che il complesso degli obblighi gravanti sull'assicuratore in vista di una assicurazione "idonea" a garantire una costante copertura consenta di ravvisare un regime imperativo tale da circoscrivere la nullità alla clausola in questione.

107. Cfr. Cass., 18 gennaio 2000, n. 500, in *Mass. Giur. it.*, 2000.

9. Criteri e parametri di valutazione delle altre clausole. Premi e corresponsività.

Abbiamo esaminato la clausola incompatibile con la funzione del contratto al punto da snaturarla. Ed in questo contesto si possono collocare le clausole che prevedono il recesso dell'assicuratore in correlazione con un sinistro compreso nei rischi assicurati.

La seconda questione riguarda quelle clausole, come appunto le *claims made*, che non cozzano appieno con la funzione del contratto, ma la alterano, sebbene il contratto risulti riconducibile al tipo normativo. In questo caso vengono in rilievo due tipi di rimedi. Il primo è additato dalle Sezioni unite della S. corte nella sentenza più volte richiamata: la valutazione di immeritevolezza della clausola, a cui conseguono effetti che «non possono non avere carattere reale, con l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile»¹⁰⁸. Un piano decisamente sdruciolevole quando si tratti di clausole non incompatibili con gli interessi contrattuali e che, del resto, la S. corte indica ma non applica nella decisione.

Il secondo piano coglie l'asimmetria cognitiva delle parti, la predisposizione unilaterale del contratto e la diversa forza contrattuale. In tema di assicurazione professionale, non è ipotizzabile la capacità di negoziare clausole, come le *claims made*, divenute ormai prassi consolidata, salvo casi particolari o la sopportazione di premi più elevati.

Su questo piano rilevano due direttive di indagine: la correttezza precontrattuale dell'assicuratore e la misura dei premi.

La questione va affrontata, in primo luogo, nella prospettiva dell'obbligo di assicurazione, gravante solo sul professionista, di stipulare un'assicurazione «idonea». Abbiamo prima esaminato gli obblighi degli assicuratori nella trattativa e nella predisposizione del contenuto del contratto (artt. 166 e 182 ss. c. ass.; art. 31 ss. reg. Ivass). Nell'assicurazione della responsabilità professionale, essi devono plasmarsi su quest'obbligo. L'idoneità è dettata nell'interesse dei potenziali danneggiati: dunque l'assicurazione deve garantire una costante copertura, il cui *quantum* sarà valutato dal cliente del professionista al conferimento dell'incarico.

Per questo le clausole *claims made*, lasciando senza copertura i danni reclamati dopo la cessazione del contratto benché causati da fatti verificatisi durante la sua vigenza, si espongono alla censura di inidoneità. Un'inidoneità a cui può ovviarsi solo col rinnovo della stessa polizza¹⁰⁹ e la conseguente fidelizzazione del cliente nonostante l'eventuale

108. Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., che così prosegue: «E tanto sull'abbrivio degli spunti esegetici offerti dal secondo comma dell'art. 1419 cod. civ. nonché del principio, ormai assunto a diritto vivente, secondo cui il precetto dettato dall'art. 2 della Costituzione “che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa” (Corte cost. n. 77 del 2014 e n. 248 del 2013), consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo dello statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (cfr. Cass. 18 settembre 2009 n. 20106; Cass., Sez. un., 13 settembre 2005 n. 18128)».

109. L'assicurato il quale sa di essere incorso in un inadempimento per il quale non ha ricevuto richiesta

cessazione dell'attività. Ciò genera una situazione coartante, dove la necessità di copertura viene ad imporre la stipulazione di un nuovo contratto: non mi pare azzardato rilevare che ne discende una forma di coercizione rispetto ai nuovi contratti da valutare alla stregua delle pratiche commerciali scorrette.

Non può dirsi che l'esistenza di "buchi di copertura" configuri, in sé, qualche responsabilità dell'assicuratore, visto che l'obbligo assicurativo grava solo sul professionista. Tuttavia gli obblighi precontrattuali dell'assicuratore impongono a quest'ultimo di informare adeguatamente il primo circa la portata delle clausole che caratterizzano il contratto, segnatamente quelle relative alla copertura assicurativa.

Vedremo tra breve gli effetti della violazione di quest'obbligo.

Il fatto che l'idoneità della copertura sia prescritta nell'interesse dei terzi non toglie che gli obblighi informativi e di trasparenza contrattuale impongano all'assicuratore di farsi carico, complessivamente, delle esigenze del cliente. Ciò plasma sulla cronologia della sua attività professionale la misura della copertura: così sarà violazione della regola di correttezza praticare un'assicurazione *claims made* al neofita, che non ha interesse alla copertura del passato, ed a chi si accinga a cessare la professione, perché non saranno coperti i danni, pur generati dal suo esercizio, ma reclamati successivamente.

Tuttavia l'assicurazione contro le pretese è ormai la costante del mercato assicurativo – quasi una clausola d'uso (art. 1340 c.c.) a voler ritenere, a mio avviso a torto, gli usi negoziali coincidenti con la prassi del mercato¹¹⁰ –: ciò renderà piuttosto improbabile che il professionista sia in grado di costruirsi una polizza "su misura" se non a fronte di costi sensibilmente più elevati, ad esempio apponendo una clausola di ultrattività decennale (c.d. *sunset clause*).

Con questo siamo al punto: il costo dei premi. La misura del corrispettivo è di regola libera, è un'esplicazione dell'autonomia. La stessa disciplina dei contratti del consumatore lo conferma là dove esclude dalla valutazione di vessatorietà la determinazione dell'oggetto del contratto e l'adeguatezza del corrispettivo (art. 34, comma 2, c. cons.).

Ma l'attività assicurativa ha caratteri peculiari, per l'organizzazione vincolata dell'impresa ed il rilievo tipologico ad essa attribuito, al punto che i contratti conclusi con imprese non autorizzate sono colpiti da nullità (art. 167 c. ass.). Questi caratteri dell'attività si riflettono sulla determinazione dei corrispettivi assicurativi, i «premi», tanto più quando oggetto di copertura sono rischi seriali. Qui vengono in rilievo peculiari tecniche che rendono, nella prassi assicurativa, il premio – in astratto liberamente determinabile – una controprestazione qualificata dal procedimento tecnico attuariale, che delimita il rischio

risarcitoria non può far valere la garanzia nella vigenza della *claims made*. Se intende non rinnovare il contratto, ma stipularne uno con altro assicuratore, incorrerà nella violazione dell'art. 1892 c.c., con la conseguente annullabilità del contratto.

110. Cfr., sul punto, per una sintesi, E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, I, Torino, 2014, p. 29 ss.

da coprire valutando le reali probabilità di verificarsi del sinistro, e neutralizzando il singolo rischio mediante il suo inserimento in una massa di rischi omogenei.

Il «premio» è una nozione tecnica che si compone di due elementi: il premio “puro”, calcolato su basi attuariali; il c.d. caricamento, che attiene alle spese generali dell’impresa. Nella sua determinazione, inoltre, concorrono coefficienti correttivi, generalmente praticati dalle imprese assicurative ed approvati dall’Ivass¹¹¹. La segmentazione dei rischi e la discriminazione statistica sono una nota costante della tecnica assicurativa, e perseguono la tutela del mercato assicurativo e della sua concorrenzialità e, in definitiva, degli stessi assicurati¹¹².

Ciò rende valutabile in via oggettiva la congruità del premio richiesto in relazione al rischio assicurato, e consente un apprezzamento di proporzionalità. Accredita questa conclusione, come abbiamo rilevato¹¹³, il considerando n. 19 della direttiva sulle clausole abusive, secondo cui le delimitazioni del rischio assicurato sono valutabili ai fini della vessatorietà quando siano prese «in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore».

I considerando non hanno, in sé, natura direttamente precettiva, ma vincolano l’interpretazione delle direttive e, soprattutto, delle discipline nazionali di attuazione¹¹⁴. Nel nostro caso, la portata valutativa non può, ragionevolmente, ritenersi limitata all’area dei contratti del consumatore, perché rispecchia i riferiti criteri di determinazione dei «premi».

Ne consegue che è possibile una valutazione oggettiva, anche in giudizio, della adeguatezza dei premi, cumulativamente considerati in relazione al rischio ed al periodo assicurati. Da qui la valorizzazione della linea interpretativa che conferisce rilevanza “causale” ai bisogni dell’assicurato.

111. In argomento v. A. DI BIASE, *L’adeguamento del premio nella r.c. professionale: tra profili sostanziali e interrogativi processuali*, in *Danno resp.*, 2014, p. 569; P. SANTORO, *Stato di necessità e clausola di regolazione del premio nell’assicurazione della responsabilità civile*, ivi, 2013, p. 661; G. TRAVAGLINO, *Assicurazione, clausola di regolazione del premio e buona fede oggettiva*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 961.

112. Cfr. M. GAGLIARDI, *Il contratto*, cit., p. 207 ss.

113. V., *retro*, § 5.

114. In generale sulla normativa europea e sui rapporti con l’ordinamento dei singoli Stati membri v. G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, 7ª ed., Padova, 2012, p. 81 ss. Specificamente sulla natura dei considerando cfr. G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, 2012. In una recente sentenza la Corte di giustizia ha riaffermato il valore dei considerando per interpretare una disposizione dei Trattati istitutivi: v. Corte giust., Grande Sez., 16 giugno 2015, c. 62/14, Gauweiler e al. c. Deutscher Bundestag, par. 101. La loro rilevanza ermeneutica emerge nell’illustrare da un lato le finalità e dall’altro la portata di una disposizione di diritto dell’Unione europea (cfr., nel primo senso, Corte giust., 26 giugno 2001, c. 173/99, The Queen c. Secretary of State for Trade and Industry, *ex parte* Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU), par. 37-39; nel secondo, Corte giust., Grande Sez., 27 novembre 2007, c. 435/06, Korkein hallinto-oikeus c. Finlandia, par. 51-52; Corte giust., 25 ottobre 2001, c. 112/99, Toshiba Europe GmbH c. Katun Germany GmbH, par. 29-30). Il solo limite dei considerando è dato dal testo delle disposizioni normative, a cui non può contrapporsi: cfr. Corte giust., 13 luglio 1989, c. 215/88, Casa Fleischhandels GmbH c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, secondo cui «il considerando di un regolamento può sì consentire di chiarire l’interpretazione di una “regula juris”, ma non può costituire di per sé una tale regola».

10. I rimedi. Conformazione degli obblighi dell'assicuratore sulle informazioni precontrattuali fornite all'assicurato. In via diretta o come riparazione in forma specifica. La responsabilità precontrattuale dell'assicuratore e il risarcimento del danno.

Fissati questi punti, riassumiamo, in sintesi, i rimedi.

Una volta interpretato il contratto dando priorità al significato favorevole all'aderente, come è d'uopo in tema di contratti standard (art. 1370 c.c.), non quale criterio residuale, bensì come canone primario, in quanto suffragato dall'art. 166, comma 1, c. ass., sorge il problema di valutare quali siano gli effetti della violazione del dovere dell'assicuratore di «riportare mediante caratteri grafici di particolare evidenza» «le clausole che indicano decadenze, nullità o limitazione delle garanzie, ovvero oneri a carico del contraente» (art. 166, comma 2, c. ass.).

Non ritengo sostenibile, *sic et simpliciter*, la soluzione dell'inefficacia delle clausole, sul modello dell'art. 1341, comma 2, c.c.¹¹⁵: e tuttavia la violazione del dovere da parte dell'assicuratore sarà fonte di responsabilità precontrattuale.

La non corrispondenza del contenuto contrattuale alla nota informativa (art. 185 c. ass.) fornita all'assicurato deve essere presidiata da una tutela in forma specifica. Il contratto non è solo quello che risulta dal documento sottoscritto, ma, in virtù degli obblighi legali per l'assicuratore, comprende, in caso di difformità, le prestazioni pubblicizzate e quelle prospettate all'aderente. Questa è una espressione pregnante dell'esigenza di conferire al contratto la portata favorevole all'aderente: in questo senso il contratto viene a comprendere l'integrale dinamica della contrattazione.

In tutti gli altri casi di violazione delle disposizioni in tema di correttezza precontrattuale dell'assicuratore (art. 185 ss. c. ass.), questi sarà tenuto al risarcimento del danno: il quale in materia assicurativa gioca un ruolo di grande rilievo, vista l'inettitudine dei rimedi invalidanti a presidiare l'interesse dell'assicurato, salvo il caso della nullità delle clausole che caducano la funzione del contratto e la sostituzione delle stesse con la disciplina del tipo¹¹⁶.

Il rimedio risarcitorio, infatti, è conservativo e può produrre, in concreto, lo stesso risultato di una conformazione cogente degli effetti del contratto, perché l'obbligo contrattuale dell'assicuratore si quantifica in una somma di danaro, con cui coincide ciò che l'assicurato può conseguire a titolo risarcitorio. In altri termini la responsabilità precontrattuale può attribuire all'assicurato le medesime utilità che egli avrebbe conseguito con l'esecuzione del contratto¹¹⁷.

A quali regole soggiace la responsabilità precontrattuale dell'assicuratore?

115. Sostenuta in dottrina: v. citazioni in M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., p. 152, note 35 ss.

116. In questo senso Cass., Sez. un., 9 maggio 2016, n. 9140, cit.

117. Ad es., l'assicurato che, convenuto in giudizio, chiami in causa l'impresa assicuratrice e si veda opporre la mancanza di copertura, potrà ottenere lo stesso ristoro economico ove venga accolta la domanda riconvenzionale, verso l'impresa, di risarcimento del danno per violazione degli obblighi precontrattuali di fonte legale.

Essa ha fonte non solo nella violazione delle disposizioni, primarie e secondarie¹¹⁸, ma anche nel compimento di pratiche commerciali scorrette. Queste, infatti, sanzionate in sé sul piano amministrativo, rilevano nei rapporti tra privati secondo il regime generale: dunque possono fondare domande risarcitorie sia a titolo di dolo incidente, sia, genericamente, per responsabilità extracontrattuale.

La violazione di specifici doveri imposti normativamente alle imprese assicuratrici (artt. 166, 182 e 183 c. ass.) si traduce nell'inadempimento di un obbligo avente fonte legale. Ciò agevola la posizione processuale dell'assicurato danneggiato rispetto all'ordinaria responsabilità precontrattuale perché andranno applicate le regole probatorie che presidiano l'inadempimento di obbligazioni: sarà, cioè, sufficiente che l'attore deduca l'inadempimento dell'obbligo legale, mentre graverà sull'assicuratore la prova di avervi adempiuto. La prova del danno è agevole: esso coincide col risarcimento di cui è chiamato a rispondere l'assicurato.

Sono, infine, inefficaci, per le ragioni prima esposte, le clausole incompatibili con modello contrattuale impiegato.

11. Riflessi della sussidiarietà sociale: la negoziazione collettiva.

Una nota confortante viene dalla sussidiarietà sociale (art. 118, comma 4, cost.). Dobbiamo, infatti, considerare che il regolamento sulle professioni intellettuali (l'art. 5 del d.P.R. n. 137 del 2012) prevede che i singoli contratti di assicurazione possono essere stipulati tramite convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti¹¹⁹. Analoga, ma più analitica, previsione è dettata per gli avvocati dall'art. 12, l. n. 247 del 2012¹²⁰. Queste previsioni, in sé, sono ininfluenti, visto che, in loro assenza, nulla precluderebbe il ricorso a convenzioni collettive. Né possono ritenersi limitative della legittimazione collettiva a negoziare il contenuto dei contratti di assicurazione: l'autonomia degli interessati, così come consente di istituire una negoziazione collettiva a prescindere da ogni autorizzazione normativa, può avvalersi anche di enti non contemplati dalle norme che vi fanno riferimento.

Esse, tuttavia, indicano la strada da intraprendere per meglio bilanciare gli interessi delle parti. La negoziazione collettiva è un'importante espressione della sussidiarietà sociale: occorre confidare che sia uno strumento efficace ad escludere l'esigenza di ulteriori interventi normativi¹²¹.

118. Tra cui, anzitutto, i reg. Ivass più volte citati.

119. Infatti, per consentirne l'elaborazione la vigenza dell'obbligo assicurativo è stata differita di un anno dall'entrata in vigore del regolamento.

120. L'art. 12, l. n. 247 del 2012 amplia la legittimazione collettiva: oltre al CNF, sono legittimati anche «ordini territoriali, associazioni ed enti previdenziali forensi». Diversa, invece, è la legittimazione collettiva a negoziare l'assicurazione contro gli infortuni, che è circoscritta al «tramite delle associazioni e degli enti previdenziali forensi».

121. Normativo sarà, tuttavia, quello affidato ad una bozza di regolamento per l'assicurazione della

La negoziazione collettiva ha un rilievo di non poco conto ai fini del potere negoziale, perché gli enti esponenziali, captando in una dimensione comune gli interessi dei singoli in forma organizzata, li rappresentano con accresciuta efficacia. In queste negoziazioni, dunque, è in concreto poco probabile l'attecchimento di pratiche commerciali scorrette e condizioni vessatorie¹²². La forza contrattuale dei consigli nazionali e degli enti previdenziali dovrebbe costituire un sufficiente scudo dissuasivo.

Le convenzioni collettive possono assumere due atteggiamenti, costituendo una copertura assicurativa collettiva, come accade per i notai¹²³, o operando contratti normativi – nel senso di vincolare alla loro osservanza le imprese assicurative stipulanti – che prevedono un testo contrattuale il quale, rispetto ai singoli contratti, si pone come un modulo o formulario. A questo, a sua volta, può inerire la vigenza di condizioni generali di contratto predisposte dall'impresa assicuratrice: donde l'applicazione dell'art. 1341, comma 2, c.c. richiamato, per i moduli e formulari, dall'art. 1342, comma 2, c.c.

È da escludere che la reiterazione delle clausole pattizie concordate in sede collettiva possa dar luogo a clausole d'uso (art. 1340 c.c.), cioè ai cosiddetti usi negoziali, con la conseguente inapplicabilità del regime delle clausole vessatorie ai fini dell'art. 1341, comma 2, c.c.¹²⁴, se si conviene che l'uso negoziale è solo quello che si forma tra contraenti determinati o in una comunità circoscritta¹²⁵. Questa soluzione è imposta, a mio avviso, dal fatto che le clausole d'uso vincolano senza consenso, salva la prova di una volontà contraria: essere vincolati a clausole che non si è concorso a formare costituirebbe una

responsabilità sanitaria, la quale prevede espressamente l'ammissione della copertura *claims made*, corretta, tuttavia, da un'ultrattività decennale.

122. Con riguardo alle questioni alimentate dalle cosiddette clausole *claims made*, riferisce F.A. MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della "clausola" claims made*, cit., p. 1164 ss. e 1174, nota 52, che alcuni regolamenti elaborati dai consigli degli ordini professionali prescrivono che la copertura assicurativa debba operare per tutti i fatti dannosi verificatisi nel tempo della sua efficacia, cioè con una ultrattività decennale dalla cessazione dell'efficacia della polizza.

123. Lo ha prescritto l'art. 1, d.lg. 4 maggio 2006, n. 182, che ha modificato l'art. 19, l. 16 febbraio 1913, n. 89. L'art. 7, n. 2, lett. e, della l. delega (l. 28 novembre 2005, n. 246) aveva previsto un «obbligo di assicurazione per i danni cagionati nell'esercizio professionale mediante stipula di polizza nazionale, individuale o collettiva, e costituzione di un fondo nazionale di garanzia per il risarcimento dei danni di origine penale non risarcibili con polizza, con conferimento al consiglio nazionale del notariato di tutte le necessarie e opportune facoltà anche per il recupero delle spese a carico dei notai».

124. La questione è risalente (cfr., tra gli altri, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 352; G. e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Artt. 1337-1342, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1993, p. 286 ss.); essa ha ricevuto linfa anche con riguardo alla vigenza delle «norme bancarie uniformi», ed è stata – correttamente – risolta in modo negativo.

125. Sul tema, per maggiori approfondimenti, mi permetto di rinviare ad alcune mie riflessioni: *Usi nel rapporto di lavoro*, in *Enc. giur.* Treccani, XXXII, Roma, 1994, *ad vocem*, ora in E. DEL PRATO, *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, p. 129 ss.; *Fonti legali ed usi*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 515., ora in E. DEL PRATO, *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, p. 199 ss.; *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà: l'esperienza italiana*, ivi, 2014, I, p. 764; *Le basi del diritto civile*, I, Torino, 2014, p. 29 ss.

plateale violazione del principio secondo cui si è vincolati ad una regola dell'autonomia privata per effetto del consenso¹²⁶.

Naturalmente la tutela contro le pratiche commerciali scorrette opera anche in favore degli enti esponenziali degli interessi professionali, i quali potranno attivare i corrispondenti rimedi. Inoltre l'esistenza della convenzione collettiva non impedisce ai singoli assicurati di far valere violazioni precontrattuali e patologie che inficino il loro specifico contratto: un'ipotesi piuttosto difficile da immaginare, per quello che s'è detto in merito alla forza contrattuale della gestione collettiva dell'interesse all'assicurazione, ma non per questo da escludere.

126. Un principio che conosce deroghe solo per gli atti attributivi (cfr. gli artt. 647 e 1411 c.c.) o comunque vantaggiosi (cfr. l'art. 1236 c.c.). In ogni caso è fatto salvo il potere di rifiuto del beneficiario.

SOCIETÀ DI FATTO E IMPRENDITORE OCCULTO*

GIUSEPPE FERRI *jr*

Prof. ordinario Università di Roma "Tor Vergata"

SOMMARIO: 1. La vicenda giudiziaria. – 2. Il sistema attuale. – 3. La figura dell'imprenditore occulto. – 4. Fallimento dei soci occulti e fallimento della società di fatto. – 5. Società di fatto ed esercizio collettivo dell'impresa in forma non societaria. – 6. Società di fatto e società occulta. – 7. Società occulta e imprenditore occulto.

1. La vicenda giudiziaria.

Una recente sentenza della Cassazione, quella del 21 gennaio 2016, n. 1095, ha riportato all'attenzione degli studiosi il tema del fallimento dei soci occulti di società occulta: un tema, questo, che a sua volta si collega a quello, un tempo assai dibattuto, e di recente invece, e per certi versi sorprendentemente, trascurato, del fallimento dell'imprenditore occulto, e, prima ancora, della possibilità di qualificare imprenditore colui che, nel senso che si dirà, è rimasto occulto.

L'interesse della sentenza, o, meglio, della vicenda giudiziaria che ad essa ha messo capo (scandita dalla sentenza del Tribunale di Foggia del 12 marzo 2012, n. 28, e da quella della Corte d'Appello di Bari del 31 dicembre 2012, n. 1611), risiede in una sorta di capovolgimento del consueto modo di analizzare l'art. 147, 5° comma, l. fall., a sua volta dipendente dal peculiare problema sollevato dalla fattispecie concreta.

A fronte della norma in questione, che, come è noto, regola l'ipotesi in cui "dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile", ci si è infatti soliti chiedere se essa possa trovare applicazione, in via analogica o estensiva, anche nel caso in cui, per riprendere le parole della legge, la medesima impresa risulti riferibile ad un soggetto, quello che (in caso positivo) si è soliti qualificare imprenditore occulto, di cui il fallito non costituisca altro che un (mero) prestanome: un interrogativo, questo, tutto incentrato sul "referente occulto" della attività, e che si risolve nella possibilità di applicare la disposizione in esame non soltanto nel caso, espressamente previsto dalla legge, in cui tale attività risulti riferibile ad una società, ma anche qualora il suo referente sia rappresentato da una persona fisica.

A venire in considerazione nel caso di specie è, invece, il fallimento originario, cioè quello dichiarato per primo, e, segnatamente, il suo soggetto passivo, che l'art. 147, 5°

*. Il lavoro riproduce la relazione tenuta nell'ambito dell'Incontro di studio dal titolo *L'estensione del fallimento per le società di capitali*, organizzato presso l'Università di Foggia il 17 marzo 2016.

comma, l. fall. individua, come detto, in termini di “imprenditore individuale”: trattandosi, in particolare, di stabilire se sia possibile applicare analogicamente siffatta disposizione all’ipotesi, non espressamente regolata, in cui il soggetto passivo del primo fallimento sia invece un imprenditore collettivo, o, meglio, una società, e segnatamente una società di capitali, allora in veste di socio di una società, di fatto, che, proprio in quanto partecipata unicamente (come nel caso in esame) da altre società di capitali, si è soliti indicare come “super-società” (di fatto).

In realtà, la sentenza della Cassazione da un lato ha sostanzialmente eluso il primo interrogativo (invece oggetto di specifica analisi da parte della citata sentenza del tribunale di Foggia), escludendo, in radice, l’applicabilità del quinto comma dell’art. 147 l. fall. alla fattispecie concreta, ritenuta soggetta esclusivamente al suo primo comma: una conclusione, quest’ultima, del tutto insoddisfacente, non fosse altro per la ragione che, nella specie, il fallimento della società, e dei suoi soci occulti, era stato richiesto da un soggetto, il curatore del fallimento dichiarato per primo, la cui legittimazione risulta prevista unicamente dal quarto comma dell’articolo in questione, applicabile, in forza di un espresso rinvio, anche all’ipotesi regolata dal suo quinto comma, ma non dal primo comma, l’iniziativa del fallimento dichiarato ai sensi del quale deve ritenersi regolata, in via esclusiva, dall’art. 6 l. fall.; dall’altro, ha concentrato la propria attenzione pressoché esclusivamente sul tema, più generale, della partecipazione di società di capitali a società di persone, e, segnatamente, del ruolo (approfondito anche dalla Corte d’Appello di Bari), che, a tale fine, potrebbe riconoscersi alla disposizione di cui all’art. 2361, 2° comma, cod. civ.: una scelta, quest’ultima, per lo meno curiosa, dal momento che, ma solo all’esito di un lunga disquisizione in ordine a siffatta disposizione, dettata, come è noto, in materia di società per azioni, la Corte ha ritenuto di affrontare, risolvendolo poi in senso negativo, il problema, in vero logicamente pregiudiziale, della sua applicabilità in un caso, come quello di specie, nel quale soci della società di fatto risultano (solo) società a responsabilità limitata.

Vale allora la pena riprendere la prima questione, non tanto e non solo al fine di rispondere alla domanda in ordine alla applicabilità dell’art. 147, 5° comma, l. fall. all’eventualità in cui, ad essere dichiarata fallita per prima, sia una società: un problema, questo, al quale istintivamente sembra potersi offrire soluzione positiva, non potendo in vero ritenersi preclusa all’interprete una lettura volta ad intendere l’espressione “imprenditore individuale” contenuta in tale disposizione, come pure quelle, identiche, di cui all’art. 118, 2° comma, l. fall., e all’art. 24 del D. Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, nel senso di imprenditore, individuale o collettivo che sia, “fallito in proprio”; quanto piuttosto per tentare di delineare i rapporti tra il primo, il quarto e il quinto comma dell’art. 147 l. fall.: e, per questa via, di affrontare, ma alla luce dell’attuale sistema, il tema, tradizionale, del fallimento della società occulta e dell’imprenditore occulto.

2. Il sistema attuale.

In termini del tutto descrittivi e, come si vedrà, in parte anche imprecisi, può dirsi che le regole dettate dall'art. 147 l. fall. in ordine alla tematica, ed all'alternativa, società palese-società occulta e, rispettivamente, socio palese-socio occulto, si prestano a formare una sorta di linea logica ordinata sulla base del *numero dei soci palesi* dichiarati falliti: premesso che si ha riguardo, esclusivamente, a società appartenenti ad uno dei tipi indicati nel primo comma e, rispettivamente, ai suoi soci illimitatamente responsabili, la disciplina positiva sembra distinguere tra loro tre diverse ipotesi, a seconda che a risultare *palesi* siano *tutti i soci*, ovvero *soltanto alcuni soci* (cioè almeno due, ma non tutti), o, infine, *uno solo* di essi.

Nel primo caso, regolato unicamente dal primo comma, il fallimento della società, palese, “produce” quello di tutti i suoi soci; nel secondo, a cui trova applicazione il quarto comma, il fallimento della medesima società, anch'essa palese, “produce” quello dei suoi soli soci parimenti palesi, ma i suoi effetti “si estendono”, per quanto solo in forza di una ulteriore, e successiva, sentenza di fallimento, ai soci o al socio occulto; nel terzo, quello ai nostri fini più interessante, non soltanto, e sempre in ragione di una separata sentenza, gli effetti del fallimento del socio palese “si estendono” quantomeno ai soci occulti (o al socio occulto), se non anche, e prima ancora, e sul punto si avrà modo di tornare, alla società occulta sussistente tra il primo e i secondi (o il secondo): ma, indipendentemente dalla risposta che si intenda offrire a tale interrogativo, il fallimento originario finisce, inevitabilmente, per trasformarsi da fallimento in proprio, o, meglio, in veste di imprenditore individuale (o anche, secondo quanto si è detto, collettivo), allora necessariamente in stato di insolvenza, in fallimento in qualità di socio illimitatamente responsabile, non necessariamente insolvente, di società insolvente.

Non è il caso di indugiare sugli aspetti processuali delle diverse vicende: basta osservare che è vero che, negli ultimi due casi, alla sentenza di fallimento segue una diversa sentenza, ritenuta priva di efficacia retroattiva, volta ad “estendere” il fallimento a soggetti diversi da quelli originariamente dichiarati falliti, e dunque a “correggere” (in un senso assai più radicale, e comunque diverso, dal fenomeno regolato dagli artt. 287 ss. cod. proc. civ.), la sentenza originaria; ma è altrettanto vero che la sentenza di “estensione”, che nell'ipotesi regolata dal quarto comma dell'art. 147 l. fall., assume una portata meramente *integrativa* della prima, in quella disciplinata dal suo quinto comma vale invece addirittura a *modificare*, come detto, il *titolo* del fallimento originariamente dichiarato nei confronti dell'unico socio palese: una definizione, quest'ultima, come si anticipava, tuttavia a ben vedere impropria, dal momento che anche costui si presta ad essere definito come un socio occulto, o, più precisamente, *occultamente socio*, avendo, e proprio in quanto unico soggetto palese, occultato non soltanto *l'esistenza di altri soci*, se non anche della società, ma, prima ancora, la *propria qualità di socio*.

Insomma, il fallimento del socio occulto assume caratteri diversi a seconda che la relativa società risulti palese o, rispettivamente, anch'essa occulta, pure a fronte, si noti, di una disciplina, come quella attuale, che regola espressamente entrambe le eventualità: il che spiega le difficoltà incontrate dai tentativi di ricavare dal fallimento del socio occulto di società palese, l'unico previsto dal sistema anteriore (all'originario secondo comma del medesimo art. 147 l. fall.), il fallimento del socio occulto di società occulta, che a sua volta rappresentava il primo passaggio, quello più delicato, della notissima ricostruzione volta ad affermare il *fallimento dell'imprenditore* (individuale) *occulto*.

3. La figura dell'imprenditore occulto.

A questo proposito, appare opportuno fornire qualche precisazione, di ordine poco più che terminologico, in merito alla ricostruzione in esame.

Si tratta, in primo luogo, di segnalare che le espressioni (di origine dottrinale, e che peraltro la legge si astiene scrupolosamente dall'utilizzare), tanto suggestive quanto sfuggenti, di *imprenditore occulto*, come pure di *società occulta* (ma non, come si dirà, di socio occulto), sono volte non già ad indicare altrettante entità "sconosciute", delle quali, cioè, si ignori l'esistenza, quanto piuttosto, ed al contrario, un imprenditore, individuale o collettivo che sia, del quale *non* sia stato speso il nome: è, insomma, la *mancata spendita del nome* che, in questo contesto, il termine "occulto" è diretto ad evocare; una volta riferito al *socio*, il medesimo termine assume invece una accezione a ben vedere (sensibilmente) diversa, coerentemente del resto alla circostanza che il fallimento del socio illimitatamente responsabile prescinde del tutto dalla spendita del proprio nome, *occulto* definendosi in vero il *socio* l'esistenza del quale risulti ignota al momento del fallimento del soggetto "palese" (sia esso la società ovvero un singolo socio, come nell'ipotesi di cui al quarto e, rispettivamente, al quinto comma dell'art. 147 l. fall.), e che, proprio per tale ragione, non è stato dichiarato contestualmente fallito: come conferma il confronto tra il quarto comma dell'art. 147 l. fall., che (al pari dell'art. 24 del D. Lgs. n. 270 del 1999) fa testualmente riferimento alla sopravvenuta conoscenza della "esistenza", allora prima ignorata, di altri soci, e il quinto comma del medesimo l'art. 147 l. fall., ove a non essere nota è non già (o comunque non necessariamente) l'esistenza della società, quanto piuttosto la "riferibilità" alla stessa dell'impresa svolta da chi è stato dichiarato fallito.

Più in generale, poi, l'impostazione in esame tendeva, da un lato, a dimostrare che la circostanza, logicamente *negativa*, della mancata spendita del nome non fosse di per sé sufficiente a precludere non tanto e non solo il fallimento, quanto piuttosto, e prima ancora, l'acquisto della qualità di imprenditore del soggetto rimasto, nel senso precisato, "occulto": e che dunque la spendita del nome, per quanto sufficiente (almeno nella ricostruzione originaria) ad acquistare tale qualità, non potesse a tal fine ritenersi necessaria; e, dall'altro, e conseguentemente, ad individuare nella circostanza, questa volta logica-

mente *positiva*, del dominio di fatto sull'impresa, o, come pure si è detto, della diretta titolarità dell'affare, il presupposto, alternativo alla spendita del nome, idoneo a consentire l'acquisito della medesima qualità: a nulla rilevando che nel primo caso si parlava di imprenditore diretto e nel secondo di imprenditore indiretto, dal momento che siffatta distinzione veniva considerata irrilevante ai fini dell'applicazione della relativa disciplina, a partire da quella fallimentare, alla quale si sarebbero dovuti ritenere in via di principio assoggettati tutti gli imprenditori (commerciali), diretti o indiretti che fossero.

Al fine di giungere a questa conclusione in un sistema, come quello anteriore, che, come si è già ricordato, regolava esclusivamente il fallimento del socio occulto di società palese, si trattava da un lato di affermare il fallimento del socio occulto di società occulta, e prima ancora quello della stessa società occulta, e, successivamente, di far discendere dal fallimento di quest'ultima quello dell'imprenditore occulto: laddove il primo di tali passaggi, quello più delicato, sembrerebbe essere stato compiuto dalla stessa legge, con l'introduzione dell'(attuale) quinto comma dell'art. 147 l. fall., e prima ancora della disciplina, sotto il profilo in esame del tutto analoga, prevista dal già citato art. 24 del D. Lgs. n. 270 del 1999, in materia di amministrazione straordinaria, nella parte in cui consente l'estensione al socio illimitatamente responsabile degli effetti della dichiarazione dello stato di insolvenza (non solo di una società, ma) di un'*impresa individuale*, finendo con ciò, almeno apparentemente, per eliminare il principale ostacolo all'ammissibilità del fallimento, e dunque della stessa figura, dell'imprenditore occulto.

A ben vedere, tuttavia, un esito siffatto presuppone a sua volta la ricorrenza, congiunta, di tre condizioni, ciò nel senso che la mancanza anche di una sola di esse finirebbe inevitabilmente per pregiudicare l'intera costruzione: e cioè (i) che l'art. 147, 5° comma, l. fall., pur non prevedendolo espressamente, presuppone comunque, oltre al fallimento dei soci occulti del soggetto dichiarato fallito in proprio, anche quello della società, di fatto, tra i primi ed il secondo, e prima ancora la sussistenza in concreto tra costoro di una società siffatta, (ii) che quest'ultima possa definirsi occulta, nel senso, tecnico, che tale espressione assume nel contesto in esame, e, infine, (iii) che essa eserciti sull'impresa quel dominio, anch'esso necessariamente di fatto, richiesto, dalla impostazione in esame, ai fini dell'acquisto della qualità di imprenditore (seppure solo indiretto), e cioè un dominio analogo a quello esercitato sull'impresa del c.d. prestanome da un soggetto diverso, quello che la medesima impostazione qualifica appunto come imprenditore occulto.

4. Fallimento dei soci occulti e fallimento della società di fatto.

In primo luogo, si tratta di verificare se il fallimento dei soci occulti, dichiarato ai sensi dell'art. 147, 5° comma, l. fall., e dunque l'estensione ai primi del fallimento di chi si presentava come imprenditore in proprio, presupponga effettivamente il fallimento della società tra i primi ed il secondo: fermo restando che il fallimento della società occulta

non si presta comunque ad essere considerato in termini di conseguenza automatica del fallimento del socio “palese”, a ciò ostando l’art. 149 l. fall., che esclude l’idoneità di quest’ultimo a “produrre” il fallimento della società, ma rappresenta piuttosto l’esito di una riqualificazione, da individuale in collettiva, dell’impresa dichiarata insolvente.

Non è dubbio (e l’atteggiamento della giurisprudenza, ma anche della dottrina, lo testimonia adeguatamente) che l’approccio per certi versi più naturale per chi legge il testo della disciplina attuale alla luce del sistema originario, come frutto, cioè, di un’evoluzione storica, è quello di ritenere che, per poter affermare il fallimento dei soci occulti, sia non soltanto possibile, ma addirittura necessario dichiarare il fallimento della società occulta, il quale a sua volta, ma in applicazione, si noti, del primo comma dell’art. 147 l. fall., “produrrebbe” quello dei suoi soci illimitatamente responsabili: tanto più che è la stessa legge a definire chi è stato dichiarato fallito in proprio come “socio illimitatamente responsabile” della società alla quale l’impresa risulti, ma solo successivamente, “riferibile”.

Una tale soluzione, tuttavia, che, prima dell’introduzione dell’attuale quinto comma dell’art. 147 l. fall., rappresentava un passaggio pressoché obbligato per giungere alla conclusione del fallimento dei soci occulti, una volta inserita nel sistema attuale solleva molti più problemi di quelli che vorrebbe contribuire a risolvere.

In primo luogo, infatti, essa non pare coerente con la lettera del medesimo quinto comma, che, se da un lato menziona bensì la società, ma *unicamente* in veste di referente dell’impresa, *non* anche di destinatario dell’estensione del fallimento, dall’altro richiede espressamente di procedere “allo stesso modo”, e cioè, deve ritenersi, trattandosi di un’espressione collocata all’esordio della disposizione, in modo analogo a quanto previsto dal comma immediatamente precedente, il quarto appunto: il quale, regolando il caso di fallimento di soci occulti di società palese, dispone l’estensione degli effetti del fallimento, già dichiarato, di quest’ultima nei confronti, come è ovvio, dei soli soci occulti, riconoscendo peraltro la legittimazione a presentare la relativa istanza, oltre che al creditore, anche al curatore e al (singolo) socio palese dichiarato fallito; insomma, ai sensi del quarto comma, “destinatari” della “estensione” degli effetti della originaria sentenza di fallimento, sono soltanto, e non possono non essere, i soci occulti: ed è appunto in tal senso che, stando ad una interpretazione letterale della disposizione, sembra doversi “procedere” anche nell’ipotesi di cui al quinto comma, provvedendo cioè a dichiarare *direttamente* il fallimento di costoro, come del resto risulta, inequivocabilmente, dalla ben più lineare lettera dell’art. 24 D. Lgs. n. 270 del 1999, ai sensi del quale “se l’esistenza di un socio illimitatamente responsabile risulta dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza... di una impresa individuale, il tribunale estende i relativi effetti nei suoi confronti”.

D’altra parte, il quinto comma dell’art. 147 l. fall., mentre richiama, seppure implicitamente, il suo quarto comma, non menziona in alcun modo il primo, quello cioè che fa discendere il fallimento dei soci (palesi) illimitatamente responsabili da quello della

società (palese): un meccanismo, quello fondato sulla previa dichiarazione del fallimento della società, dal quale allora il quinto comma mostra di prescindere del tutto al fine della dichiarazione di fallimento dei soci occulti, consentendo senz'altro l'estensione nei confronti di costoro del fallimento dichiarato "in proprio", e facendo venire per ciò solo meno, anche se non la possibilità, quantomeno l'utilità di un (previo) fallimento della società di fatto.

Nel sistema attuale, anzi, il fallimento della società occulta non solo non svolge più la funzione, originaria, di legittimare il fallimento dei soci occulti, che, proprio in quanto ormai previsto dalla stessa legge, non richiede di essere ulteriormente giustificato: ma, nello stesso momento in cui tende a risolvere uno pseudo-problema, quello appunto del fallimento dei soci occulti, finisce per rilanciare la questione, che, per quanto non particolarmente approfondita, a ben vedere già si poneva nel sistema originario, dei rapporti tra il fallimento della società occulta e quello dell'unico socio "palese"; in questa prospettiva, infatti, sarebbe il fallimento della società occulta a "produrre" il fallimento non soltanto dei soci occulti, ma anche del socio "palese", l'unico soggetto che la legge espressamente definisce come socio illimitatamente responsabile di siffatta società: con l'esito che il fallimento, principale ed autonomo, della società finirebbe, paradossalmente, per comportare anche quello, dipendente, ma in realtà già dichiarato, del socio palese, a meno di ritenere che il primo "produca" il fallimento non di quest'ultimo, ma soltanto dei soci occulti.

Il fallimento della società occulta, insomma, non soltanto viene invocato, inutilmente, al fine di giustificare una conseguenza già prevista dalla legge, vale a dire il fallimento dei soci occulti: ma si rivela a ben vedere inidoneo a ricoprire, nei confronti del fallimento dell'unico socio palese, quel ruolo di presupposto che è chiamato a svolgere rispetto al fallimento dei soci occulti.

5. Società di fatto ed esercizio collettivo dell'impresa in forma non societaria.

In realtà, e più radicalmente, poi, potrebbe addirittura ritenersi che, parlando di società in chiave di referente dell'impresa svolta dal fallito, l'art. 147, 5° comma, l. fall. abbia inteso alludere non già alla figura definita dall'art. 2247 cod. civ., vale a dire alla società in senso tecnico, ancorché costituita per fatti concludenti, quanto piuttosto ad una situazione di mero fatto, impropriamente e riassuntivamente indicata in termini di società, e tutt'al più al contratto, atipico, volto a regolarla, ovvero al rapporto dallo stesso derivante: e cioè alla situazione consistente nell'esercizio in comune dell'impresa da parte di più soggetti, allora soci "tra loro", più che "della medesima società", attraverso l'impiego di beni che tuttavia restano di pertinenza di ciascuno di essi.

Potrebbe, insomma, ritenersi che la legge abbia inteso avere riguardo ad un fenomeno ben diverso dalla vera e propria società, quella "di diritto", e che solo in contrapposizione a quest'ultima si presta ad essere definita come "di fatto", o, meglio, "di mero fatto", in

quanto caratterizzato unicamente dall'attività comune, ma non dagli altri elementi essenziali della figura della società, e comunque privo, oltre che di soggettività giuridica, di autonomia patrimoniale, e per ciò solo inidoneo ad essere dichiarato autonomamente fallito: come in fondo si evince dallo stesso atteggiamento della giurisprudenza, la quale, pur dichiarando il fallimento della società di fatto, non procede poi a ricostruirne il patrimonio, a dimostrazione che la sua dichiarazione, più che rispondere ad effettive esigenze applicative, si risolve in una sorta di ossequio formale a presunte necessità concettuali, in realtà frutto di abitudini a tal punto radicate da risultare pressoché inconsapevoli.

Siffatte abitudini si prestano ad essere ricondotte alla convinzione, assai diffusa, che ogni fenomeno di esercizio "di fatto" in comune di un'impresa, e segnatamente di un'impresa commerciale, finirebbe, e per definizione, per assumere la forma di società, ed in particolare quella di società in nome collettivo irregolare e, conseguentemente, per caratterizzarsi, tra l'altro, ma inevitabilmente, per una qualche forma, più o meno incisiva, di autonomia patrimoniale, con l'esito che la qualifica di co-imprenditore (commerciale), e dunque la soggezione (tra l'altro) alla disciplina fallimentare, presupporrebbe quella di socio di una società siffatta: una conclusione, questa, già di per sé curiosa, non essendo chiara la ragione per la quale, proprio (e, anzi, solo) al fine di richiamare l'applicazione di una disciplina dell'impresa, non ci si accontenti della presenza della relativa fattispecie, ma si ritenga necessaria la mediazione concettuale della qualificazione societaria.

Lo stretto legame che si viene in tal modo ad instaurare tra società ed attività comune sembra muovere, a sua volta, dalla duplice premessa che, da un lato, i soci, o almeno quelli di una società in nome collettivo, esercitino in comune una attività di impresa, e che, dall'altro, siffatto esercizio in comune non soltanto rappresenti il presupposto della responsabilità illimitata del socio, e dunque della sua fallibilità, allora, a ben vedere, in quanto co-imprenditore, ma esaurisca la fattispecie societaria, e cioè sia sufficiente a richiamare l'applicazione integrale della relativa disciplina, compresa quella, sopra ricordata, della autonomia patrimoniale; così facendo, tuttavia, si viene, oltre che a sovrapporre, indebitamente, il tema della *autonomia patrimoniale* e, rispettivamente, quello della *responsabilità illimitata*, a svalutare il ruolo che, in tale vicenda, riveste il *nome* sotto il quale è esercitata la relativa attività, e ciò sotto un duplice profilo: quello del suo carattere *collettivo* e, rispettivamente, della sua effettiva *spendita*.

Dal primo punto di vista, infatti, si trascura la circostanza che, a ben vedere, non sono i soci di società in nome collettivo ad esercitare in comune una attività, ma è la stessa società, per mezzo dei suoi amministratori, anche non soci, ad esercitare una attività sotto un nome collettivo, la spendita del quale, e proprio in quanto collettivo, vincola tutti coloro, e cioè tutti i soci, anche non amministratori, che a tale nome partecipino: laddove è proprio, e solo, la *partecipazione* a tale nome, cioè alla ragione sociale della società in nome collettivo, e non anche all'esercizio in fatto della relativa attività, a rappresenta-

re il presupposto, necessario e sufficiente, della responsabilità illimitata, o, meglio, della responsabilità per obbligazioni assunte, anche da altri, ma spendendo il nome comune (nell'ambito di una attività che in vero solo in questo senso, formale, può dirsi comune), e, conseguentemente, della soggezione al fallimento.

La caratteristica distintiva della società in questione, del resto, si presta ad essere ricollegata proprio alla circostanza che la sua ragione sociale, cioè il suo nome "proprio", risulta al contempo "comune" a tutti i soci: con l'esito che la sua spendita rappresenta il presupposto dell'operatività sia, in quanto *ragione sociale*, dell'*autonomia patrimoniale della società*, sia, in quanto *nome collettivo*, della *responsabilità illimitata di tutti i soci*, che, come detto, si ricollega appunto alla partecipazione ad un nome collettivo, e non, lo si ripete, all'esercizio, in fatto, di una attività comune.

Premesso, dunque, che, al fine dell'applicazione delle discipline in esame, e dunque dell'*integrale* disciplina societaria, non è sufficiente la sussistenza di un contratto di società, ma risulta necessaria anche la spendita del nome sociale, vale a dire la c.d. esteriorizzazione (la quale rappresenta in vero un presupposto della loro operatività, la sua rilevanza non prestandosi ad essere circoscritta alla fase di esecuzione del relativo contratto), deve notarsi che l'esercizio di una attività comune, comunque lo si voglia intendere, non esaurisce il novero degli elementi, di fatto, che valgono ad integrare la fattispecie del contratto in esame, a permettere, cioè, di affermarne la sussistenza, secondo quanto risulta dall'art. 2247 cod. civ.: non appare infatti legittimo eliminare da tale novero il profilo del conferimento, né, tanto meno, trasferirne, al pari della spendita del nome, la rilevanza dal piano, suo proprio, della fattispecie a quello della disciplina, come se la ricorrenza di una attività comune fosse di per sé sufficiente a qualificare come oggetto di conferimento i beni in essa impiegati ovvero, come più spesso accade, addirittura l'opera personale svolta da ciascun co-imprenditore nel suo ambito.

Al contrario, nulla impedisce di ipotizzare l'esercizio, da parte di più soggetti, di un'unica attività di impresa, svolta tuttavia da ciascuno di essi *in nome proprio* e con risorse parimenti proprie e destinate a rimanere tali, in una forma, cioè, che, già sul piano della *fattispecie*, non può definirsi societaria, e che, su quello della *disciplina*, non può implicare, e proprio in mancanza (della spendita) di una ragione sociale, e cioè del nome "proprio" di una società, anch'essa in vero assente, alcuna forma di autonomia patrimoniale, e cioè alcuna preferenza dei creditori dell'impresa, seppure in veste di creditori sociali, nei confronti di quelli "personali": come è poi non solo ovvio, ma del tutto ragionevole, non essendoci alcuna ragione per riservare ai creditori dell'impresa esercitata da più soggetti un beneficio invece negato a quelli dell'imprenditore singolo.

In questa prospettiva, deve avvertirsi, parlando di *impresa* si intende alludere non già ad una attività, quanto piuttosto al fenomeno oggettivo della produzione di nuova ricchezza per il mercato, così come parlando di *imprenditore* si indica non già chi esercita una

determinata attività, ma colui che, nell'ambito di quel fenomeno, esercita, in concreto, uno specifico potere, quello organizzativo: nel senso, e con l'esito, che, nell'ordine di idee che qui si propone, anche quella di imprenditore (al pari di quanto è a dirsi della carica di amministratore, anche di società di persone) finisce, a ben vedere, per rappresentare una posizione logicamente derivata, cioè che dipende, e si ricava, dalla concreta funzione esercitata nell'ambito del fenomeno produttivo.

In una dimensione più propriamente applicativa, si tratterà pertanto in primo luogo di verificare se si sia o meno in presenza di un'unica impresa, cioè di una produzione che, da un punto di vista economico, possa dirsi effettivamente unica, rispondente cioè ad un progetto produttivo unitario, e poi, in caso positivo, di individuare chi la abbia in concreto organizzata, vale a dire appunto chi vi ricopre il ruolo di imprenditore: nulla impedendo che tale ruolo sia rivestito non da uno, ma da più soggetti congiuntamente e pariteticamente (ed è proprio al fine di mettere in luce siffatta posizione reciprocamente paritaria che il Tribunale di Foggia descrive il rapporto tra i diversi "soci" occulti di cui all'art. 147, 5° comma, l. fall. in termini di "gruppo orizzontale di società"), ciascuno dei quali assumerà, conseguentemente, la qualifica di (co-)imprenditore, in relazione allora ad un'impresa che potrà dirsi *comune* alla luce della ricorrenza, tra i partecipanti, non già di una comunione di interessi, quanto piuttosto dei *poteri* esercitati *di fatto* al fine di organizzarla.

La mancanza di autonomia patrimoniale di siffatta impresa comune, del resto, non esclude affatto la possibilità di ritenere ciascun imprenditore illimitatamente responsabile di tutte le obbligazioni assunte nel corso del suo esercizio, anche di quelle nascenti da atti posti in essere da uno degli altri co-imprenditori spendendo il proprio nome, o, meglio, la propria ditta: una ditta, questa, che, per quanto individuale, viene utilizzata in realtà per esercitare una impresa comune, rispetto alla quale, a ben vedere, ciascun imprenditore finisce per ricoprire il ruolo di institore dell'altro.

A sua volta, la qualificazione dei co-imprenditori in termini non già di soci, ma di *institori reciproci*, apre la strada all'applicazione, parimenti vicendevole, di una norma, quella di cui all'art. 2208 cod. civ., che, da un lato, si limita ad estendere la garanzia dei soli creditori dell'impresa dal patrimonio del preposto a quello del preponente: senza tuttavia implicare, su alcuno dei due, alcuna preferenza rispetto ai relativi creditori personali (o, meglio, civili); e che, dall'altro, sembra doversi ritenere applicabile non soltanto nell'ipotesi in cui l'atto compiuto in nome proprio risulti pertinente ad un'impresa altrui: ma anche, e anzi per certi versi a maggior ragione, nel caso in cui esso risulti riferibile ad una impresa comune a chi il nome abbia speso, nell'ambito della quale cioè costui riveste non già la posizione di institore, ma quella di co-imprenditore.

Per quanto tipologicamente individuale, insomma, anche la *ditta* utilizzata nell'ambito di una impresa comune assume, normativamente, una connotazione *collettiva*, e cioè una funzione che si aggiunge a quella, di nome proprio, che essa svolge unicamente rispetto al

proprio titolare e nei confronti dei suoi soli creditori personali: a dimostrazione del fatto che il nome collettivo rappresenta un tratto bensì distintivo della “omonima” società, nel senso che vale a distinguerla, o meglio a distinguere la sua ragione sociale, da quella delle altre società, ma non anche di essa esclusivo, nel senso che esso si riscontra anche in talune forme di esercizio dell’impresa non societarie, e perciò non assistite da quella autonomia patrimoniale che opera soltanto sul presupposto della spendita del nome “proprio” della società; ed è appunto ad una forma siffatta di esercizio dell’impresa che, per ritornare all’ipotesi dalla quale si erano prese le mosse, l’art. 147, 5° comma, l. fall., sembra fare riferimento, nella quale, cioè, a risultare occulta, ma questa volta in senso non tecnico, o meglio occultata, sarebbe, in questa prospettiva, non tanto la società, in tal caso in vero insussistente in mancanza degli elementi a tal fine richiesti dalla legge, quanto piuttosto il carattere collettivo di una impresa apparentemente individuale (sia essa svolta ad un imprenditore a sua volta individuale, ovvero, secondo quanto si diceva, da un imprenditore collettivo), e quindi della relativa ditta, cioè del nome sotto il quale è stata esercitata: una ditta, dunque, anch’essa pur sempre collettiva (per quanto non sociale), tale cioè che la sua spendita finisce per vincolare tutti coloro ai quali essa risulta comune, esponendoli, proprio per ciò, anche al rischio di fallimento, beninteso nel caso di insolvenza dell’(unica) impresa comune.

6. Società di fatto e società occulta.

Proprio la diffusa tendenza giurisprudenziale ad estendere il fallimento ai soci occulti, ai sensi dell’art. 147, 5° comma, l. fall., solo dopo aver dichiarato il fallimento della società, di fatto, ritenuta sussistente tra costoro e il soggetto dichiarato fallito suggerisce di proseguire l’analisi, al fine di verificare se la società in questione, per quanto esistente, possa definirsi occulta in senso tecnico, se cioè il suo nome non sia stato in concreto speso, o, meglio, se il nome effettivamente speso non si presti ad essere considerato come la sua ragione sociale: un problema, questo, che nemmeno si porrebbe, o comunque dovrebbe essere risolto in senso negativo, qualora si considerasse l’esteriorizzazione, vale a dire la spendita del nome, un presupposto necessario ai fini della ricorrenza di una società, nel qual caso, in vero, la stessa espressione società occulta finirebbe per risultare logicamente contraddittoria (al punto che, in questa prospettiva, autorevole dottrina ha mostrato di subordinare alla circostanza che la ragione sociale sia stata comunque spesa, per quanto dai soci occulti e non dal soggetto dichiarato fallito, la possibilità di dichiarare il fallimento di una società, quella tra i primi ed il secondo, allora non più definibile come occulta in senso tecnico).

Negare, in astratto, l’essenzialità della c.d. esteriorizzazione, e dunque ammettere, sempre in astratto, la legittimità della figura della società occulta, appare una premessa bensì necessaria al fine di sollevare il problema in esame, ma non sufficiente a risolverlo:

trattandosi, a tal fine, di verificare se possa definirsi in concreto occulta una specifica società, quella appunto tra i soci occulti e l'unico socio "palese" di cui all'art. 147, 5° comma, l. fall.

Si consideri, al riguardo, che, ai fini della qualificazione di un fenomeno in termini di società, a poter essere ritenuta superflua è, a tutto concedere, la spendita del nome, cioè della ragione sociale, non anche la sua stessa sussistenza: ciò nel senso che, per quanto occulta, la società deve comunque essere dotata di una ragione sociale, risultando difficilmente configurabili società "anonime" o, meglio, "innominate"; qualora si tenti di identificare la ragione sociale della società (che si ritenga) esistente tra il soggetto dichiarato fallito in proprio e i "suoi" soci occulti, diviene pressoché inevitabile, trattandosi appunto di società occulta, giungere alla conclusione che essa coincide con il nome, o, meglio, con la ditta, in vero solo apparentemente individuale, ma in realtà sociale, utilizzata dal primo: che si tratti, cioè, di una ragione sociale che, pur contenendo, secondo quanto previsto dall'art. 2292 cod. civ., il nome di almeno uno dei soci illimitatamente responsabili, quello appunto dichiarato fallito seppure in proprio, risulta comunque, e per definizione, irregolarmente formata, in mancanza dell'indicazione, anch'essa richiesta dalla disposizione da ultimo citata, del rapporto sociale.

La società in questione, insomma, risulterebbe non soltanto costituita per fatti concludenti, o comunque non iscritta nel registro delle imprese, e dunque *irregolare*, ma altresì dotata di una *ragione sociale* anch'essa parimenti *irregolare*: per quanto *sconosciuta*, essa pertanto non si presterebbe in alcun modo ad essere considerata *occulta* in senso tecnico, dal momento che la sua ragione sociale, per quanto irregolarmente formata, è stata comunque effettivamente spesa.

7. Società occulta e imprenditore occulto.

Del resto, anche ammettendo, diversamente da quanto qui si sostiene, non soltanto che il fallimento dei soci occulti presupponga in ogni caso il fallimento della relativa società, ma che una società siffatta, oltre a risultare sussistente, possa definirsi occulta, anche ammettendo, dunque, il fallimento della società occulta, non può dirsi per ciò solo raggiunta la conclusione del fallimento dell'imprenditore occulto: e ciò non tanto per la ragione, spesso invocata, ma in quanto tale a ben vedere inconferente, che quest'ultimo è legato al prestanome da un rapporto non riconducibile a quello di società, quanto piuttosto per la circostanza che la società occulta assume, rispetto all'impresa ad essa "riferibile", una posizione del tutto diversa da quella ricoperta nei confronti dell'impresa del prestanome dall'imprenditore occulto; quest'ultimo, infatti, si caratterizza, come detto, non soltanto per l'elemento, negativo, che ricorrerebbe anche nella figura della società occulta, della mancata spendita del nome, ma anche per quello, positivo, del dominio su (o, come detto, della diretta titolarità di) un'impresa esercitata in nome proprio da altri: un profilo,

questo, ricostruttivamente e concettualmente assai più rilevante del primo, trattandosi del criterio in base al quale individuare a quale soggetto, diverso dal prestanome, riconoscere la veste di imprenditore indiretto in relazione all'impresa di cui il medesimo prestanome assume il ruolo di imprenditore diretto.

Per quanto si enfatizzi la soggettività della società, anche se di fatto (o, meglio, stipulata per fatti concludenti), ed in particolare l'alterità di quest'ultima nei confronti dei suoi soci, e segnatamente di quelli illimitatamente responsabili (un profilo, quest'ultimo, in vero rilevante al fine di "graduare" non già, ovviamente, la soggettività della società di persone, quanto piuttosto appunto la sua alterità, si direbbe la sua distanza, rispetto ai soci, come può ricavarsi dall'art. 2321 cod. civ.), certo è che la società occulta non può dirsi esercitare sull'impresa del socio illimitatamente responsabile dichiarato fallito (per primo) alcun dominio, e comunque alcun dominio vagamente assimilabile a quello che il c.d. imprenditore occulto eserciterebbe nei confronti dell'impresa del prestanome (non prestandosi tantomeno ad essere considerata come la titolare diretta del relativo affare).

Può anzi notarsi che la stessa "naturalità" con la quale si è soliti compiere il passaggio logico dal fallimento della società occulta a quello dell'imprenditore occulto rappresenta una delle espressioni più estreme, ma anche più sottili, della tendenza ad individuare nella società un imprenditore, e cioè a ricostruire il rapporto tra società e impresa ad immagine di quello che intercorre tra un soggetto, l'imprenditore appunto, e quella che, a ben vedere, viene considerata null'altro che una attività, e dunque un (suo) comportamento, in ciò risolvendosi, in questa impostazione, la rilevanza giuridica dell'impresa.

Già in via generale, la società non si presta ad essere considerata come il soggetto dell'impresa, della quale costituisce in realtà una disciplina, peraltro oggettiva, così come la stessa impresa solo impropriamente può intendersi in termini di attività, assumendo, piuttosto, la configurazione di fenomeno parimenti oggettivo, quello, in particolare, della produzione di ricchezza per il mercato: è pur vero, del resto, che la società si presenta come autonomo soggetto giuridico, ma ciò è a dirsi solo nell'ambito del mercato, cioè nei rapporti con i terzi, non anche, soprattutto ove si tratti di società di persone, nei confronti dei propri soci, trattandosi, al contrario, di uno strumento da costoro utilizzato al fine dell'esercizio dell'impresa; non è dunque il socio a poter svolgere il ruolo di prestanome della società, ma, tutto all'opposto, sarà semmai la società, e poi essenzialmente quella di capitali, a poter essere impiegata dal socio in termini di proprio "prestanome", al fine cioè di esercitare un dominio sulla relativa impresa (ovvero di assumerne la diretta titolarità): nel qual caso, tuttavia, la tecnica prescelta dall'ordinamento al fine di sanzionare i relativi abusi, come dimostra l'art. 2497 cod. civ., è quella della responsabilità per danni, e non patrimoniale, a definitiva conferma della impossibilità di avvalersi dell'art. 147, 5° comma, l. fall. al fine di dare fondamento positivo alla figura dell'imprenditore occulto.

Riferimenti bibliografici

Sulla teoria dell'imprenditore occulto, v., ovviamente, W. BIGIARI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, ID., *Difesa dell' "Imprenditore occulto"*, Padova, 1962, A. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell' "imprenditore occulto" nell'opera di Walter Bigiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, da p. 623 (e in *Impresa e società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, Vol. IV, Napoli, 1968, da p. 1299), V. ANDRIOLI, voce *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. del dir.*, Vol. XVI, Milano, 1967, da p. 264, V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969, P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Vol. 16, *Impresa e lavoro*, Tomo II, Torino, 1985, da p. 5, F. GALGANO, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Vol. X, *Il fallimento delle società*, Padova, 1988, A. BONSIGNORI, *ivi*, *Gli aspetti processuali*, F. GALGANO, voce *Imprenditore occulto e società occulta*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XVI, Roma, 1989, P. SPADA, voce *Impresa*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Commerciale*, Vol. VII, Torino, 1990, da p. 32, e, quanto al sistema attuale, oltre alla nostra voce *Procedure concorsuali (riforma delle)*, I, *Profili sostanziali*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XXIV, Roma, 2005, M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, tomo II, artt. 104-266 l. fall., Bologna, 2007, da p. 2120, A. NIGRO, *ivi*, sub art. 147, da p. 2168, U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione del fallimento delle società ai soci (art. 147 l. fall.)*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Vol. III, Napoli, 2008, da p. 1657, F. VASSALLI, sub art. 147, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, *Fallimento*, Tomo II, Artt. 84-159, Torino, 2010, da p. 1927, A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali dell'impresa. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di M. Bessone, Vol. XXV, Torino, 2012, ID., *I soggetti delle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, Vol. I, *I presupposti dell'apertura delle procedure concorsuali*, Torino, 2013, da p. 63, e G. CAVALLI, *Il fallimento delle società*, in A. JORIO e B. SASSANI (cur.), *Trattato delle procedure concorsuali*, Vol. I, *Introduzione generale. Il fallimento, Presupposti. Processo. Organi*, Milano, 2014, da p. 169; in relazione alle figure della società di fatto, della società occulta e del socio occulto, con specifica attenzione ai profili della responsabilità illimitata e della fallibilità del socio, v. R. BOLAFFI, *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, Milano, 1947 (rist. inalt., Milano, 1974), R. FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, Terza edizione dell'"Imprenditore nel nuovo codice civile" con aggiunte e aggiornamenti, Milano, 1964, B. LIBONATI, *L'amministratore non socio di società in nome collettivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, da p. 426, e in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Vol. II, Milano, 1969, da p. 1087 (estratto anticipato, 1968), ora in ID., *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 2013, da p. 13, F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli, 1967 (rist., Milano, 2005), G. ROSSI, *Persona giuridica, società e rischio di impresa*, Milano, 1967, P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, A. AMATUCCI, *Società e comunione*, Napoli, 1971, M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974, P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, C. ANGELICI, *In tema di fallimento della "società apparente"*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, da p. 352, ID., *La società nulla*, Milano, 1975, G. SPATAZZA, *La società di fatto*, Milano, 1980, G. FERRI, *Delle società*, Artt. 2247-2324, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, III Ed., Bologna-Roma, 1981, F. DI SABATO, *Manuale delle società*, V Ed., Torino, 1995, V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo. Artt. 2291-2312*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Piero Schlesinger, Milano, 1995, e F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, III Ed., Milano, 2007: nella manualistica, infine, v., per tutti, C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Roma-Bari, 2002, B. LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, VII Ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2013, ID., *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, IX Ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2015, e G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, XIV Ed., a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, 2015.

**IL CONFLITTO IN SEDE DI ESPROPRIAZIONE FORZATA
TRA CREDITORE IPOTECARIO E:
A) IL LOCATARIO; B) L'ASSEGNETARIO DELLA CASA FAMILIARE.
INCERTEZZE RICOSTRUTTIVE, PROFILI SISTEMATICI
E INCIDENZE APPLICATIVE.
UNA RIVOLUZIONE¹ (?) NEL SISTEMA DELL'ESECUZIONE FORZATA**

ROSARIO FRANCO
Notaio in Sesto San Giovanni

SOMMARIO: 1. Premessa generale e metodologica. – 2. La prima questione: il conflitto tra creditore ipotecario e locatario. Introduzione al problema. – 3. Il conflitto specifico tra creditore ipotecario e locatario. – 4. Un tentativo per una lettura alternativa del sistema. – 5. Ulteriori possibili critiche e loro confutazione. – 6. Conflitto tra creditore ipotecario e assegnatario della casa familiare. – 7. Coincidenza nello stesso soggetto delle qualifiche di assegnatario della casa familiare, con-debitore e comproprietario dell'immobile (sottoposto ad esecuzione e oggetto di assegnazione).

1. Premessa generale e metodologica.

La prima questione (di cui nel titolo) che si vuole approfondire origina da un interessamento alla seconda vicenda che, già svolto nei suoi profili essenziali in altra sede², si propone ora di analizzare più specificamente: essendo quella *probabilmente* generale rispetto a questa, si è deciso di verificarla primariamente.

La minuziosità di entrambe potrebbe rivelarsi immediatamente controproducente per chi provi ad inoltrarsi nelle delicate intersezioni tra *principi* (distinti dai *valori*³) e disposizioni

1. È bene precisare che il sintagma non è qui adoperato nel senso comune, ormai nettamente prevalente dopo la rivoluzione francese e le ideologie marxiste (nella specie evocanti quelle hegeliane), per significare un *evento* che stravolge principi e valori, un sovvertimento di regole e poteri (si come è posto a fondamento dell'autorevole studio di Santi ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1951, p. 220 ss., sia pure nella prospettiva costruttiva di un movimento ordinato ed ordinante – la «rivoluzione organizzata» – che trae da sé la sua giuridicità che pure è, al cospetto dello Stato che intende mutare, antiggiuridico, *melius*: illegale), ma neppure per come esso è inteso nella filosofia della metafisica heiddegeriana, per individuare paradossalmente un gioco speculare alla *conservazione*, perché il rovesciamento resterebbe irretito dalla realtà; bensì in quello – più antico, di origine latina ed in accordo con la sua etimologia –, ed in voga nell'ambiente astronomico, di *re-volutio* degli astri, dei pianeti, dei satelliti intorno ad un punto fermo, di rotazione complessiva che li riporta al punto di partenza; un ri-volgere intorno ad un punto, un ritorno all'abbrivio o all'origine, all'ordine iniziale ed al sistema. Sul punto, interessanti spunti di riflessione, in G. GORELLO, *L'etica del ribelle. Intervista su scienza e rivoluzione*, a cura di P. Donghi, Roma-Bari, 2017, p. 3 ss.

2. R. FRANCO, *Opponibilità dei provvedimenti di assegnazione della casa coniugale*, Napoli, 2016, p. 74 ss.

3. N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, Napoli, 2015, p. 20 ss.; diversamente G. FURGUELE, *Note minime in tema di norma, ordinamento e interpretazione*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Milano, 2008, p. 745 ss.

legislative che le divise questioni coinvolgono e così finire per divenire una riflessione di scarso interesse, sia pure dai risvolti applicativi e concreti di profondo cambiamento⁴. Sennonché, negli ultimi anni, proprio un libro sull'ipoteca⁵ ha consentito di intraprendere un approfondito ed ampio dibattito⁶ sulle nuove funzioni e ruoli del giurista⁷ e sulla persistente attualità del compito di una (rinnovata) dogmatica⁸ (e, dunque, delle categorie e dei concetti⁹ storicamente aggiornati nel fluire dell'esperienza) nel perenne e serrato confronto con la tecnica dell'argomentazione¹⁰ (tra *discorso* e *giuridicità* del fatto) e l'ermeneutica¹¹, alla luce della molteplicità del reale e del relativismo assiologico¹² che pervade l'epoca della post-modernità¹³ e/o della post-verità¹⁴ (o «verità relative»¹⁵). Tra costanti e nuove tensioni delegittimanti (o culturali rassegnazioni all'a-sistematicità) e accurate invocazioni ad un 'ri-

4. Di recente è intervenuto un puntuale contributo di R. CALVO, *Legato e locazione*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, p. 65 ss., in cui si analizza, con fecondità di risultati, il rapporto tra legato e locazione che dimostra la persistente attualità di questioni vecchie ed il proporsi di problematiche nuove che la locazione continua a proporre all'interprete.

5. A. CHIANALE, *Diritti reali. 6. L'ipoteca*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, *passim*.

6. G. BARALIS-P. SPADA, *Dialogando su dogmatica giuridica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca)*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 7 ss.

7. Sia pure da una ben precisa prospettiva che, in quanto tale è una tra le tante, L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, *passim*. In posizione diversa, P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, 32, 2003, p. 25 ss. Sulla crisi della dottrina civilistica, da ultimo, la forte e appassionata denuncia di G. PALERMO, *Sein und sollen*, in *Diritto e crisi. Convegno di Studi per i Trent'anni della Rivista Giuridica Sarda*, a cura di A. Luminoso, Milano, 2016, p. 23 ss., spec., 28 ss.

8. Confermata autorevolmente da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 1 ss., spec., 4; decisamente ridimensionata, ma non abbandonata, da N. LIPARI, *La categoria del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*, spec., p. 7 s., 219 ss.; sul punto al pagina autorevole di F. GALGANO, *I dogmi nel diritto*, in *Contr. imp.*, 2010, p. 905 ss.

9. Nota e imprescindibile la lettura del volume G. CALOGERO- W. CESARINI SPORZA-A.C. JEMOLO-S. PUGLIATTI, *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano, 2004, *passim*, con la nota densa d'introduzione del curatore.

10. Inevitabile la lettura di C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Parigi, 1958, *passim*; nonché A. GENTILI, *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, in *Id.*, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 497 ss.

11. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, *passim*.

12. Tutta la magistrale opera di N. Irti, da anni è diretta a constatarne l'avvento nell'epoca del nichilismo che oggi affligge anche il diritto; un lavoro per tutti, N. IRTI, *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, *passim*.

13. Sui risvolti giuridici e sociali, l'opera (solo l'ultima in ordine cronologico) esemplare per rigore e spessore di V. SCALISI, *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, *passim*.

14. Concetto sempre più ricorrente trasversalmente in tutta la cultura occidentale, anche sui quotidiani: F. FUKUYAMA, *La post-verità mette in pericolo le democrazie*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 marzo 2017, p. 19; M. BATTINI, *La post-verità antisemita*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 gennaio 2017, p. 31; G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Roma, 2009, *passim*. Ma l'accorato invito alla ricerca costante della *verità* fondamento del diritto, per il quale la *verità* non è altro dalla *giustizia*, cfr., la pagina vibrante di V. SCALISI, *Per una ermeneutica 'veritativa' orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1249 ss., ove: «Non può darsi scissione né conflittuale opposizione tra diritto e verità, entrambi stretti invece da inscindibile nesso di intima compenetrazione» (p. 1267); in senso contrario, N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, *passim*, spec. pp. 61-64.

15. G. VATTIMO, *Il pensiero debole*, Milano, 1983, *passim*.

torno al diritto¹⁶ (ora inteso come «discorso sui fatti dal punto di vista del dover essere»¹⁷, ora come realtà dell'esperienza¹⁸ che ri-comprende il *dover-essere* e «vive nella *societas* come un suo ineludibile aspetto»¹⁹, ora, infine, come «racchiuso nel circolo normativo-linguistico»²⁰), alla sua «essenza ordinativa»²¹ «più che normativa»²² e al sistema²³ nella sua unitarietà costituzionale²⁴; accettando la *contaminazione* metodologica²⁵ ed il trascorrere reciproco tra metodo logico-deduttivo-astratto-sussuntivo e metodo assiologico-induttivo-persuasivo, tra «il pensare problematicamente ed il pensare sistematicamente»²⁶, raccogliendo, infine, le sfide²⁷ culturali autorevolmente sollecitate nell'ultimo turno di anni.

La scienza del diritto, come si è finemente insegnato²⁸, non può comprendere la realtà storicamente verificata se non *idealmente*, mediante lo strumento (valoriale e per-

16. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, *passim*; sul quale ora V. SCALISI, *Ritorno al diritto (Dialogo con Paolo Grossi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 115 ss.; ID., *Per una ermeneutica 'veritativa' orientata a giustizia*, cit., p. 1267: «Ma il diritto non si identifica *tout court* con la legge e anzi compito del giurista interprete è proprio quello – secondo la pagina sempre attuale di Filippo Vassalli – di riportare la legge al diritto»; in senso decisamente contrario, proponendo il «ritorno» al serio e schietto linguaggio normativo» che identifica il *diritto*, N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, cit., p. 49 ss.; G. FURGUELE, *Note minime in tema di norma, ordinamento e interpretazione*, cit., p. 745 ss.: «Le norme concorrono all'ordinamento, ne sono uno dei possibili mezzi, ma non hanno diritto di priorità nella rappresentazione dell'essenza del fenomeno giuridico».

17. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., *passim*, spec., p. 90 ss.

18. Magistralmente, G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, *passim*; nonché le dense pagine di E. OPOCHER, voce *Esperienza giuridica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 735 ss.; P. PIOVANI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 420 ss.; in termini diversi, il noto (ma spesso dimenticato), contributo di E. PARESCHE, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 678 ss., spec., p. 688; con un approccio ancora diverso, il ripensamento, lucido e rigoroso, di R. ORESTANO, *Della 'esperienza giuridica' vista da un giurista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 1173 ss.; più di recente, N. LIPARI, *Il diritto quale crocevia tra le culture*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 7; V. SCALISI, *Per una ermeneutica 'veritativa' orientata a giustizia*, cit., p. 1267 ss. Sul tema, altresì, N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, p. 7 ss.

19. P. PERLINGIERI, *Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 770 ss.

20. N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, cit., p. 43.

21. V. SCALISI, *Ritorno al diritto (Dialogo con Paolo Grossi)*, cit., p. 115.

22. V. SCALISI, *Ritorno al diritto (Dialogo con Paolo Grossi)*, cit., p. 119; in senso contrario, N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, cit., p. 7 ss.

23. E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 699 ss.

24. P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2006, p. 5 ss.; importanti riflessioni anche in ID., *Diritto e crisi. Convegno di Studi per i Trent'anni della Rivista Giuridica Sarda*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 319 ss. Sul punto, altresì, A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico* (1998), ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I, Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 456 ss.

25. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. a cura di G. Vattimo, Milano, 2001, *passim*; aderisce G. FURGUELE, *Note minime in tema di norma, ordinamento e interpretazione*, cit., p. 748 s.; ID., *L'interpretazione del contratto fra norma e argomento*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, p. 835 ss.; ma decisamente contrario N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, cit., p. 46 ss. che censura il «sincretismo metodologico» di Herman Heller.

26. T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, trad. it. a cura di G. Crifò, Milano 1962, p. 32; E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 690 ss.

27. G. PALERMO, *Sein und sollen*, cit., p. 28 ss.

28. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna, 1987, pp. 394-395.

formativo) del linguaggio (giuridico²⁹) che *costituisce* la dogmatica, ora più nettamente respinta³⁰ (perché compresa nel suo immobilismo), ora decisamente rivalutata³¹ (perché storicizzata³² e relativizzata³³), con risultati che, tuttavia, appaiono meno inconciliabili di quanto si vorrebbe, nell'orizzonte di senso delineato nella magistrale premonizione per cui «la “dogmatica” altro non è, né può essere, che il momento conoscitivo del fenomeno giuridico o, in altre parole, l'“autocoscienza storica” che deve servire di guida, nell'ambito dei singoli sistemi culturali, all'attuazione pratica del diritto, la quale è, in ultima analisi, la ragione stessa della esistenza, della necessità di “una” dogmatica»³⁴. Si che l'epistemologia giuridica non ha per oggetto la realtà nella sua concretezza, ponendo in essere «un processo di verbalizzazione dell'esperienza»³⁵, «crea cioè concetti e termini verbali correlativi, e su di essi svolge il suo ragionamento»³⁶ acquisendo il dato reale e storico mercé il connettivo medio del 'concetto' e creando «delle vere e proprie realtà che senza di ess[a] non esisterebbero, delle realtà, quindi, che il diritto non prende da un mondo diverso dal suo per appropriarsele con o senza modificazioni, ma che sono esclusivamente e originariamente sue»³⁷.

La qualificazione giuridica (di una concreta azione), d'altra parte, non è operazione di mera logica formale³⁸ e classificatoria al pari dell'oggettività³⁹ rinvenibile nelle scienze naturali⁴⁰, giacché – in quanto rivolta alla regolamentazione di condotte e comportamenti

29. N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, cit., p. 36 ss.

30. P. SPADA, *Dialogando su dogmatica giuridica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca)*, Atto Secondo, cit., p. 44 ss.

31. C. CASTRONOVO, *Edissi del diritto civile*, cit., p. 1 ss.

32. Riferisce dello 'scandalizzarsi' di P. PIOVANI, *Dogmatica, teoria generale e filosofia del diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1953, p. 38 ss., spec., 48 al cospetto del pensiero che propone una «dogmatica [che] dogmatizzando storicizza», E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 695 ed ivi nota 14.

33. Ma non per ciò stessa «ridimensionata»: E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 690, ove ulteriori lucide e magistrali considerazioni.

34. E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, cit., pp. 708-709, il quale altresì precisa che le 'limitazioni' sono sempre dei giuristi, non della dogmatica (p. 679) e la «natura “strumentale”» (p. 694) della dogmatica che costituisce soltanto un aspetto dell'esperienza giuridica e della «totalità attuale» (p. 689) ma mai «conclusa [e] compiuta» (p. 704) del diritto, respingendo fermamente che ci possa essere «una “conoscenza” del diritto che sia fine a se stessa» perché seppure fosse esistente «non avrebbe nulla a dividere» (p. 694) con la dogmatica giuridica.

35. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., p. 395.

36. S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 659.

37. SANTI ROMANO, *Realtà giuridica*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 209.

38. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, p. 275 ss., 283 ss.; puntualmente G. FURGIUELE, *Norma e interessi nell'attività interpretativa a fini giuridici*, in *Domenico Rubino. I maestri italiani del diritto civile*, I, *Interesse e rapporti giuridici*, a cura di P. Perlingieri-S. Polidori, Napoli, 2009, p. 23 ss., il quale rileva la distanza concettuale e di impostazione giuridica che correva tra i due insigni Maestri, Betti e Rubino.

39. Ritorna con puntualità, da ultimo, V. CALDERAI, *L'eclissi in una luce diversa. Note sullo statuto epistemologico dei concetti giuridici nell'epoca del diritto post-nazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1621 ss., spec., 1637 s.

40. Peraltro revocata in dubbio, di recente, da M. AINIS, *La scienza è opinabile proprio come il diritto. Obiettivo e la certezza*, in *La lettura*. Supplemento domenicale de Il Corriere della Sera, 28 settembre 2014, p. 3. Autorevol-

umani, di fatti naturali e di altri elementi della realtà fisica circostante – la scienza giuridica⁴¹ (in quanto scienza pratica⁴²) applica un metodo che non è diretto alla sola rappresentazione verbale della realtà conosciuta, bensì alla *valutazione* della stessa – dunque implicante un’attività assiologica – per l’attribuzione di rilevanza giuridica a situazioni che si esprimono tutte stipulativamente quale ‘connettivo di comunicazione’ tra l’investitura formale della tutela ordinamentale e la protezione di un interesse sostanziale dei privati ritenuto meritevole di tutela, in un confronto (non in una contrapposizione) *valoriale* tra entità: tutte ispirate al fondamentale e basilare *principio di ragione*⁴³. Questione non lontana dall’antico dibattito della *convenienza* dell’effetto al fatto⁴⁴, o, il che è lo stesso, dell’espressione ideale della giuridicità che l’*effetto* manifesta rispetto alla materialità del *fatto* (inteso nel suo storico e *problematico* accadere⁴⁵); esito, quest’ultimo, distante dalla prefigurata «*neutralizzazione tecnica della fattualità*»⁴⁶. Nella costante attenzione a svolgere l’impegno per «superare le barriere del normativismo concettualizzante e della sua cristallizzazione in campo dottrinale»⁴⁷.

2. La prima questione: il conflitto tra creditore ipotecario e locatario. Introduzione al problema.

L’interrogativo è il seguente: è opponibile o meno all’acquirente all’asta il contratto di locazione avente data certa anteriore (ovvero, se ultranovennale, trascritto anteriormen-

mente, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 187 ss.

41. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 1 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 267 ss.

42. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, ora in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 101 ss.

43. Con vigorosa e convincente insistenza ritorna sul punto, G. PALERMO, *L’autonomia negoziale*, Torino, 2014, p. 3 ss., p. 13 ss. Già, G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 51; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, ora in *Le prolusioni dei civilisti*, III, Napoli, 2012, p. 2945 ss., spec., p. 2950; in senso critico, recentemente, A. CATAUDELLA, *L’uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 747 ss., spec. pp. 758-760; per la *compatibilità* tra due sistemi *valoriali* diversi si esprime G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, p. 51 ss., p. 58 ss., p. 61 ss. Nondimeno, anche il riferimento al ‘principio di ragione’ potrebbe – com’è stato – sottendere ampie e fondamentali dispute sulla giuridicità: per tutti, N. IRTI, *Le ragioni delle legge e la legge della ragione*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 71 ss., poi in Id., *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 299 ss., ove si intende che l’unica *ragione* del diritto coincide con la *validità* della legge, diversa sia dall’*effettività* della legge sia dalla *Ragione* della legge (evocante sistemi di valori altri da quello del diritto). Tutti in scia alla nota teoria Kantiana della distinzione del diritto privato dal diritto pubblico: il primo si esprime nei principi della ragione; il secondo nella volontà del legislatore. L’argomento, sia consentito rammentarlo, è anche ripreso e proposto in funzione procedimentale in R. FRANCO, *Lo studio del procedimento giuridico in Salvatore Romano. Ovvero: l’autonomia privata nella dimensione dinamica dello svolgimento, tra ordinamenti e unitarietà sistemica*, in *Salvatore Romano – I Maestri italiani del diritto civile*, Napoli, 2015, p. 155 ss.

44. Sul quale la magistrale e insuperabile rappresentazione di A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss.; nonché V. SCALISI, *Per una ermeneutica ‘veritativa’ orientata a giustizia*, cit., p. 1267 ss.

45. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 190 ss.

46. N. IRTI, *I ‘cancelli delle parole’*, cit., p. 46, corsivo originale.

47. G. PALERMO, *Sein und sollen*, cit., p. 29.

te⁴⁸) al pignoramento⁴⁹, ma successivo all'iscrizione dell'ipoteca che già grava(va) sul medesimo bene? La vendita all'asta, in altri termini, potrà avvenire: *i*) per un immobile *libero* (sì che l'acquirente potrà promuovere, se ancora *materialmente* occupato, ogni procedura, di recente modificate, funzionale a liberarlo) o *ii*) per un immobile *occupato*, in quanto regolarmente locato in base ad un contratto che l'acquirente (del bene all'asta) deve (perché a lui opponibile) rispettare?

Una disposizione specifica che disciplini espressamente «le ipotesi in cui vengano in collisione l'ipoteca e la locazione»⁵⁰ consentita dal proprietario del bene ipotecato non è dato rinvenire nell'ambito della regolamentazione dell'ipoteca, ma il pensiero decisamente prevalente ritiene di accomunare, sotto la medesima disciplina indicata dall'art. 2923 c.c., sia la locazione stipulata prima (*id est*: data certa anteriore) dell'iscrizione ipotecaria (o, se ultranovennale, anche trascritta), sia quella conclusa (avente data certa o trascritta) successivamente a questa, individuando nella data di trascrizione del pignoramento il

48. Se la locazione ultranovennale non risulta trascritta, l'art. 2923, comma 2, prescrive che essa non è opponibile «all'acquirente, se non nei limiti di un novennio dall'inizio della locazione», lasciando così sorgere l'interrogativo – la cui soluzione non pare particolarmente complessa – in merito ai requisiti che in ogni caso quella locazione deve avere per conseguire la pur (temporalmente) ridimensionata opponibilità. E chi s'è occupato (A. BONSIGNORI, *Effetti della vendita e dell'assegnazione forzata*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, pp. 149-150; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. prin.*, diretto da P. Rescigno, 20, II, Torino, 1990, p. 284 ed ivi nota 109; in senso parzialmente contrario, G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, 2^a ed. Bologna-Roma, 1977, p. 140 in nota 3) della questione non ha esitato a sostenere – ingenerandosi diversamente una disparità di trattamento rispetto all'ipotesi disciplinata dal comma 1 – che essa deve almeno avere la data certa; in mancanza anche di quest'ultimo requisito, la disciplina viene rinvenuta nell'art. 2923, comma 4.

49. È troppo nota e complessa per essere qui affrontata la questione relativa al perfezionamento del (procedimento sotteso al) pignoramento che si dimena tra due principali orientamenti (cfr., G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, cit., p. 36 ss.): Pidea (G. VERDE, voce *Pignoramento in generale*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 767 ss., p. 771) che esso si perfezioni soltanto con la notifica al debitore, sì che la successiva trascrizione rappresenta un co-elemento di efficacia del pignoramento stesso e la prospettiva (G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, cit., p. 36 ss., p. 139; B. CAPPONI, *Pignoramento immobiliare*, in AA.VV., *L'espropriazione forzata*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta da A. Proto Pisani, Torino, 1988, p. 422 s.; A. BONSIGNORI, *Gli effetti del pignoramento*, Artt. 2912-2918, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000, p. 6 ss., pp. 77-78;) che la trascrizione sia elemento *costitutivo* del pignoramento, sì che esso, salvo minori effetti, non può ritenersi in essere prima dell'esecuzione della formalità di trascrizione. Al riguardo pare opportuno ricordare che la giurisprudenza di legittimità si è recentemente espressa sul momento perfezionativo del pignoramento immobiliare (Cass., 20 aprile 2015, n. 7998) aderendo all'orientamento prevalente in dottrina (ma non sempre condiviso in giurisprudenza) per cui la trascrizione del pignoramento non è funzionale soltanto ai rapporti con i terzi ovvero sviluppa (soltanto) ulteriori profili effettuali (c.dd. effetti *sostanziali*, per distinguerli da quelli *processuali*, già prodottisi con la notifica al debitore), bensì è necessaria affinché il processo esecutivo prosegua e raggiunga il suo esito; essa, dunque, non sarebbe elemento *integrativo dell'efficacia* del pignoramento, ma fattore *costitutivo* di esso. Opta decisamente per la notifica del pignoramento (non anche della successiva trascrizione) per individuare la data discriminate la locazione anteriore o posteriore al pignoramento medesimo: E. ASTUNI, *Vincoli opponibili nelle procedure esecutive: la locazione di immobili. Rassegna di casi e questioni*, Studio n. 2-2011/E per il Consiglio Nazionale del Notariato, p. 1 ss., spec., p. 5.

50. F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, Roma, 1961, p. 66; anche A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 331.

discrimen per risolvere le questioni inerenti all'opponibilità della locazione al terzo acquirente del bene subastato.

L'indagine, evidentemente, dà per acquisiti i risultati cui hanno condotto le più significative ricerche:

a) sia in merito all'ipotesi della locazione, consentita dal proprietario, con data certa o con trascrizione, se ultranovenale, anteriore all'iscrizione ipotecaria, che vedrà senz'altro prevalere il locatario per tutto il tempo della durata del rapporto giuridico;

b) sia in riferimento alle locazioni contratte (con data certa o trascritte) antecedentemente all'ipoteca, ma non ancora *in corso* alla data di iscrizione, la cui vicenda risulta approfondita⁵¹ in merito all'alienazione della cosa locata, ma con esiti ripercorribili anche per l'ipotesi in parola, in ogni caso non incidente sull'individuazione della soluzione all'interrogativo che si pone a base della presente ricerca;

c) sia, infine, la soluzione dei casi conflittuali: *i*) della locazione ultranovenale che abbia data certa anteriore alla compravendita (quindi posta in essere dall'effettivo legittimato), ma trascritta successivamente a quest'ultima; ovvero *ii*) della locazione ultranovenale posta in essere (e avente data certa) successivamente all'alienazione della cosa locata (pertanto, stipulata *a non domino*, o, meglio, dall'*ex dominus*), ma trascritta antecedentemente alla trascrizione di quest'ultima: soluzioni che, per queste due ultime ipotesi, restano affidate alle modalità ricostruttive del confronto tra gli artt. 1599 e 2643, n. 8 e dal ruolo svolto nella vicenda circolatoria dall'art. 2644, al fine di comprendere se, in tema di locazione, prevalgono le norme sostanziali (con individuazione della data certa e del relativo principio del *prior in tempore potior in iure*) ovvero, per quelle ultranovenali, i principi in tema di trascrizione.

Sì che: *i*) si dovrà verificare se la locazione stipulata dal proprietario avente data certa anteriore all'alienazione prevarrà o meno se trascritta successivamente all'alienazione medesima ovvero si avrà *soltanto* una riduzione (automatica o a domanda di parte⁵²) del periodo temporale dell'opponibilità; e *ii*) se la locazione *a non domino* (*melius*: contratta dall'*ex domino*) sarebbe, in applicazione delle norme sostanziali (coordinando art. 1599 e art. 2643, n. 8), soccombente rispetto ad un precedente atto di disposizione del bene incompatibile con essa (ad es., compravendita) anche se trascritta (qualora ultranovenale) antecedentemente a questo⁵³ ovvero decisamente ed esclusivamente quelle in tema di

51. Sulla questione F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione. 1. La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, Torino, 2012, p. 298 ss.; ma, altresì, A. ZACCARIA-S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005, p. 111 ss.; L. FERRI-P. ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca e continuato da Galgano, Bologna-Roma, 1995, p. 161; G. PUGLIESE, *Doppia locazione novennale e trascrizione*, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, p. 340 ss.

52. F. GAZZONI, *Tratt. della trascrizione*, cit., p. 286; A. ZACCARIA-S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, cit., p. 110.

53. F. GAZZONI, *Tratt. della trascrizione*, cit., p. 282 ss.; aderisce, P. SIRENA, *L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 559 ss., spec., 569 s. ed ivi la lunga nota 36.

trascrizione⁵⁴ (come per tutti gli altri diritti reali: il secondo acquirente prevale se trascrive per primo, anche se *a non domino*), sì che il locatario primo trascrivente prevarrebbe sull'acquirente che avesse trascritto successivamente, in applicazione del principio (escludente, in alcune ricostruzioni, almeno per la locazione ultranovennale) di cui all'art. 2644.

3. Il conflitto specifico tra creditore ipotecario e locatario.

La vicenda, che qui si propone all'indagine, sebbene non abbia ricevuto riscontri giurisprudenziali significativi⁵⁵, viene affrontata e risolta, nelle concretezze dell'operatività quotidiana, con una pacificità di soluzione che parrebbe finanche far apparire inutile o, almeno, inopportuno, ogni rilievo che si provvedesse a contestarla o, al più, a reconsiderarla.

Nelle prassi dei Tribunali – nelle specificità del Giudice dell'esecuzione – è diffusamente acquisita la pervasiva vigenza del principio *emptio non tollit locatum*, che, enunciato espressamente nell'art. 1599 c.c., rinverrebbe nell'art. 2923 c.c. la certa conferma della sua piena applicabilità anche nei procedimenti esecutivi. Occorre precisare che un effettivo conflitto ai fini dell'opponibilità tra creditore ipotecario e locatario, in alcune prospettive investigative, parrebbe non profilarsi nel comune significato ad esso attribuito se è vero che l'opponibilità del diritto del locatario andrà ad esplicarsi nei confronti del terzo acquirente all'asta, sì che, nei confronti del creditore ipotecario, quel

54. S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1957, p. 128 ss.; U. NATOLI, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. del cod. civ.*, 2ª edizione, Torino, 1971, p. 44 ss.; L. FERRI-P. ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 157; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1943, pp. 78-79; G. MARICONDA, *La pubblicità*, Napoli, 2005, p. 32; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2012, p. 85; ID-F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2ª ed., 2005, p. 176 ss.

55. Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, in *Fam. dir.*, 2017, p. 33 ss., con commento di C. CHIUSOLI, *Assegnazione della casa familiare e opponibilità ai terzi*, sebbene con riferimento ad una fattispecie che vedeva la presenza di un provvedimento di assegnazione della casa familiare e non puntualmente un contratto di locazione, ma parimenti indicativa al riguardo, è nel senso della opinione dominante; vale a dire a favore della piena opponibilità della locazione anche sopravvenuta all'iscrizione ipotecaria, in quanto non pregiudicante il creditore ipotecario, «poiché non priva il bene del valore d'uso e ne consente la vendita come bene produttivo di reddito». Cass., 9 gennaio 2003, n. 111 si occupa, nell'ambito di una più ampia vicenda fallimentare, dell'opponibilità, all'acquirente del bene venduto forzosamente, di un contratto di locazione che era stato espressamente richiamato nell'ordinanza di vendita, argomentando dall'art. 1599, ora riferendosi alla piena dispositività del disposto del comma 3, ora all'osservazione per cui l'acquirente è tenuto a rispettare la locazione qualora se ne fosse assunto (anche non espressamente) l'obbligo (comma 4), giungendo ad affermare che: «L'opponibilità della locazione di un immobile a chi se ne sia reso acquirente in sede di espropriazione forzata è disciplinata dall'art. 2923 c.c. che, diversamente dall'art. 1599 c.c. dettato per la vendita volontaria, non prevede la possibilità che l'acquirente assuma, nei confronti del baliante, l'obbligo di rispettare la locazione. Tale possibilità, infatti, è inconciliabile con lo scopo della procedura esecutiva di realizzare il prezzo più alto, nell'interesse tanto del debitore quanto dei creditori». E, nondimeno, l'ipotesi concreta non prevedeva in alcun modo la presenza di un'iscrizione ipotecaria a garanzia di una precedente obbligazione contratta dal debitore poi fallito con la conseguenza che non potrà incidere sulla soluzione della questione qui prospettata. Cfr., altresì, anche Cass., 13 marzo 2014, n. 5792, anch'essa tuttavia non interferente con le problematiche qui indicate.

conflitto avrà ad oggetto – nella ribadita possibilità di procedere alla vendita coattiva – la verifica della facoltà per quest'ultimo di vendere l'immobile come libero (fruendo per intero del suo valore di scambio) ovvero come gravato (così dimidiando questo valore) dal contratto di locazione (opponibile soltanto nel novennio anche se non trascritto ma con data certa ovvero trascritto successivamente all'ipoteca - ma prima del pignoramento –, e per l'intero periodo se trascritto antecedentemente, al terzo acquirente). Si è in merito sostenuto⁵⁶ come non sia «esatto parlare di opponibilità ... l'opponibilità non può che riferirsi all'acquirente in sede di espropriazione del bene ... mentre quello che può risentire il creditore ipotecario è solo un eventuale nocumento, sotto un profilo economico che può essere connesso al fatto che l'immobile, in sede di vendita forzata, si presenti locato con rischio di ottenere un ricavo minore».

Nel procedimento di vendita coattiva si afferma comunemente e autorevolmente⁵⁷ che la soluzione del conflitto tra creditore ipotecario e locatario si risolve in conformità

56. A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2006, p. 404, il quale poi aggiunge (p. 407) che l'«eventuale nocumento» non potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 2813 che si riferisce esclusivamente ai «danni materiali alla cosa»: Solo in senso parzialmente adesivo – se non ci s'inganna – P. SIRENA, *L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare*, cit., pp. 567-568: «L'opponibilità del contratto di locazione nell'ambito dell'espropriazione forzata del bene significa ... che il creditore pignorante e i creditori i quali intervengono nel pignoramento della cosa locata, in quanto sono assoggettati al diritto personale di godimento del locatario, non possono pretendere la liberazione dell'immobile ai sensi dell'art. 560, comma 2°, c.p.c., ma non significa anche che essi subiscano una qualche restrizione o limitazione dell'esecuzione forzata dal punto di vista del suo oggetto» e che il locatario non potrà «opporsi all'espropriazione della piena ed esclusiva proprietà del bene ... L'opponibilità dell'atto costitutivo di un diritto reale di godimento nell'ambito dell'esecuzione forzata significa invece che la cosa pignorata non può essere espropriata dal creditore pignorante e dai creditori intervenuti nel pignoramento nella sua piena ed esclusiva proprietà, ma solo in quanto gravata dal medesimo diritto reale. In altri termini, l'acquirente a titolo di vendita ovvero di assegnazione forzata di tale cosa ne acquista allora soltanto la c.d. nuda proprietà». Qui si vuol condividere le riflessioni di tale attenta ultima dottrina, avvertendosi, nondimeno, come si cercherà di argomentare nel testo, che la condivisione va specificata con riferimento al creditore pignorante *chirografario* non anche a quello che agisce con una precedente iscrizione ipotecaria.

57. G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, cit., p. 137; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1965, p. 195; F.D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, VI, 4, 2° ed., Torino, 1980, pp. 319-324; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 187 ss., spec., p. 283 ss.; M. BOVE, *Commento all'art. 2923*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Torino, Torino, 2016, p. 344 s.; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 404-405; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 331 s.; A. CHIANALE-G. TERLIZZI, *Commento all'art. 2812*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Torino, 2015, p. 415 ss.; P. SIRENA, *L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare*, cit., pp. 567-568; A. CERINO CANOVA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. giur.* Treccani, XXXVII, Roma, 1990, p. 9 ss.; G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, cit., p. 154 ss., i quali, per la verità, non esaminano il caso specifico dell'eventuale precedente iscrizione ipotecaria; R. FONTANA-F. VIGORITO, *Le procedure esecutive dopo la riforma: la vendita immobiliare*, Milano, 2007, p. 610; E. ASTUNI, *Vincoli opponibili nelle procedure esecutive: l'assegnazione della casa coniugale a seguito della riforma dell'affido condiviso*, in www.accademia.edu, 2016, p. 9 s. il quale, con non poca convinzione, afferma che la locazione, anche successiva, è sempre opponibile al creditore ipotecario, sebbene rilevi «qualche perplessità» (sic!) con riferimento al pensiero di D. Rubino di cui in seguito; Id., *Vincoli opponibili nelle procedure esecutive: la locazione di immobili*, cit., p. 1 ss.

(al riferito principio e, dunque,) al disposto dell'art. 2923 c.c., in virtù del quale il primo prevarrà sul secondo (che ha acquistato il diritto di godimento dal debitore esecutato) se il pignoramento (primo atto della procedura esecutiva) è anteriore alla data (certa) del contratto di locazione, procedendosi, invece, con una distinzione se la locazione, in quanto ultranovennale, fosse stata anche trascritta: tra chi⁵⁸ ritiene che essa sia opponibile all'acquirente in sede di vendita forzata per tutta la sua durata se trascritta anteriormente al pignoramento e chi⁵⁹, ritendendo di doversi riferire in questo caso all'art. 2643, n. 8, in combinato con l'art. 2644, sostiene la locazione è opponibile, ma nei limiti del solo novennio; all'opposto, in termini speculari, il contratto di locazione sarà *sempre* opponibile al terzo acquirente all'asta se avrà data certa⁶⁰ anteriore al pignoramento (ovvero sia stato trascritto anteriormente se ultranovennale⁶¹).

Invero, il principio *emptio non tollit locatum* avrebbe la medesima operatività sia nella vendita volontaria, sia nella vendita forzata, con la precisazione che se nella prima il termine *discriminatorio* per l'opponibilità viene individuato nella data dell'atto di compravendita, nella seconda ipotesi si determina (anticipandolo, per ovvie ragioni, rispetto alla trascrizione del successivo decreto di trasferimento) nella trascrizione del pignoramento, provvedendosi a spiegare tale distinzione in ragione del «fatto che nell'esecuzione forzata il trasferimento è il risultato di un procedimento complesso, e non di un fatto istantaneo, come avviene nella normale circolazione volontaria dei diritti»⁶². La presenza della precedente iscrizione ipotecaria non sarebbe, in alcun modo, idonea a rimodulare il riferito principio e il riferimento temporale alla data di trascrizione del pignoramento che segnerebbe, dunque, il *discrimen*, ai fini dell'opponibilità, al terzo acquirente (del bene subastato), del contratto di locazione stipulato – dopo⁶³ la predetta iscrizione ma prima del pignoramento – dal debitore esecutato. Dunque «l'ipoteca non prevale sulla locazio-

58. F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 66; M. BOVE, *Commento all'art. 2923*, cit., p. 346

59. A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 405, il quale precisa, in nota 34, come la diversa tesi che ritiene sempre opponibile la locazione ultranovennale trascritta prima del pignoramento per l'intero suo periodo, sia idonea a produrre (di là dall'opponibilità al terzo acquirente) *potenzialmente* un nocumento al creditore ipotecario che proceda a far subastare l'immobile assoggettato alla garanzia reale e che, pertanto, a quest'ultimo deve riconoscersi il potere di «pretendere di vedere eliminata dalla locazione... quel periodo di tempo eccedente il novennio; che, a lui, non è opponibile».

60. E sia debitamente registrato come prescrive la disciplina in tema di locazione di immobili urbani, a pena di nullità.

61. Diversamente sarà opponibile, nell'acquisita registrazione della data certa, almeno nei limiti del novennio e quindi l'immobile sarà subastato con il vincolo della locazione, ma nei limiti del novennio che decorrerà dal suo inizio di rapporto (anche per alcuni, la data di inizio sarebbe ad individuarsi in quella del pignoramento): M. BOVE, *Commento all'art. 2923*, cit., p. 346.

62. G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, cit., p. 155 ed ivi nota 18.

63. Se il contratto di locazione fosse, se ultranovennale, trascritto prima dell'iscrizione dell'ipoteca e, se infranovennale, avesse data certa anteriore all'iscrizione, esso sarebbe sempre pienamente opponibile al creditore ipotecario e di conseguenza all'acquirente nella vendita forzata.

ne, anche successiva»⁶⁴, con l'effetto che «anche se il locatario trascrive una locazione ultranovennale dopo che sull'immobile è stata accesa una ipoteca, egli potrà opporre tale locazione, se la trascrizione è precedente al pignoramento immobiliare»⁶⁵.

In realtà l'affermazione, sufficientemente diffusa e condivisa in dottrina – per cui l'art. 2923 non sarebbe altro che l'espressione, in sede di vendita forzata, del medesimo principio ispiratore della disciplina di cui all'art. 1599, vale a dire della regola⁶⁶ *emptio non tollit locatum*, sì che come il terzo acquirente volontario potrà vedersi opposta la locazione avente data certa anteriore alla trascrizione del suo acquisto, anche se non trascritta, ma ovviamente nel solo limite del novennio (decorrente dalla data certa della locazione), anche il terzo acquirente del bene subastato potrà vedersi opposta la locazione, anche se non trascritta, ma nei limiti del novennio, se avente data certa anteriore (questa volta non alla trascrizione dell'acquisto, ma) alla data di trascrizione del pignoramento (assimilabile, *quoad effectum*, all'atto di acquisto volontario) – solleva, ad una più meditata riflessione, assai delicate perplessità che inducono a meglio approfondire la questione per verificare la possibilità di esiti interpretativi differenti.

Invero, nel luogo in cui è espressamente disciplinato, l'evocato principio ha modo di svolgersi in una vicenda concreta che è bene ripercorrere, sia pur brevemente, al fine di evidenziare probabili distinzioni rispetto a quella che si pretenderebbe essere questione assimilabile, disciplinata dall'art. 2923. L'art. 1599 contempla l'ipotesi di un soggetto, proprietario (o titolare di altro diritto reale di godimento che gli consenta la disposizione mediante la locazione), che – indipendentemente dall'azione cronologica – prima concede in locazione l'immobile e poi lo vende. Ebbene, la disposizione da ultima rammentata mira a disciplinare proprio il conflitto che può sorgere tra il locatario e l'acquirente del medesimo bene, nelle precise modalità ivi indicate: se la locazione ha data certa anteriore all'atto di compravendita – e, in questo caso, nel *solo* limite del novennio ovvero se è stata trascritta prima della compravendita, anche oltre il novennio – essa è opponibile al terzo acquirente.

64. Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit. Soluzione, quest'ultima, che, peraltro, dovrebbe valere – nel pensiero della suprema corte – esclusivamente per la locazione, poiché anche per la situazione soggettiva di cui è attribuito il coniuge assegnatario dell'immobile, avvenuta la trascrizione del provvedimento che ne costituisce il titolo, è la stessa pronuncia a sostenere che l'opponibilità è regolata dai comuni principi della trascrizione che disciplina i conflitti tra i terzi, tra i quali rientra anche il creditore che ha iscritto la propria ipoteca prima dell'assegnazione»; aggiungendo che «il criterio della risoluzione dei conflitti tra titolari di diritti incompatibili [va individuato] nella priorità della trascrizione, sia rispetto ai terzi che abbiano acquistato diritti sull'immobile dopo la trascrizione dell'assegnazione (comma 2), sia rispetto a coloro che li abbiano acquistati prima (comma 1)».

65. F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., pp. 67-68.

66. O forse, nella prospettiva di N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, cit., p. 7 ss., più tecnicamente *norma*, invece di regola che, per sua natura, non apparterebbe al mondo del diritto, formato soltanto – sempre a rimanere in questa impostazione – di comandi e/o *norme*.

La dottrina⁶⁷ che ha approfondito la questione, sull'analisi dei disposti normativi richiamati (artt. 1599, 2643, n. 8, 2644 e 2923 c.c.), ha avuto modo di affermare che i conflitti si risolvono come segue: «a) opponibilità al creditore ipotecario delle locazioni ultranovennali trascritte anteriormente all'iscrizione ipotecaria, per tutta la loro durata; b) opponibilità al creditore ipotecario delle locazioni infranovennali aventi data certa anteriore all'iscrizione ipotecaria, per tutta la loro durata; c) opponibilità al creditore ipotecario delle locazioni ultranovennali non trascritte, aventi data certa anteriore all'iscrizione ipotecaria, limitatamente al novennio; d) inopponibilità al creditore ipotecario delle locazioni aventi data certa anteriore all'iscrizione, non trascritte, ultranovennali, per il periodo eccedente il novennio dalla data suddetta; e) inopponibilità delle locazioni, infranovennali o ultranovennali, non trascritte e non aventi data certa anteriore all'iscrizione ipotecaria, per tutta la loro durata». Aggiungendosi⁶⁸ che la relazione tra ipoteca e locazione – di là dai principi validi per la trascrizione – nell'ipotesi dell'esecuzione forzata è disciplinata *esclusivamente* dalle regole speciali indicate dall'art. 2923, con la conseguenza che «mentre il diritto reale è opponibile solo se trascritto prima dell'iscrizione dell'ipoteca, la locazione ultranovennale è opponibile in tutta la sua durata anche se trascritta dopo l'iscrizione ma prima del pignoramento», al pari di quella avente data certa successiva all'iscrizione ma anteriore al pignoramento, perché «è la data del pignoramento che stabilisce il punto di riferimento per la preferenza da accordarsi alla trascrizione delle locazioni immobiliari», sì che «non v'è ragione alcuna per ritenere che debba applicarsi una regola diversa allorché trattasi di pignoramento dipendente dall'esercizio di un'azione ipotecaria. In definitiva, pertanto, di fronte alla locazione, il creditore ipotecario non ha una posizione diversa da quella del creditore chirografario».

E, pur puntualmente rilevandosi la discrasia che si viene a creare, nei confronti del creditore ipotecario, in merito all'opponibilità dell'atto dispositivo del bene da parte del debitore, tra un diritto personale di godimento⁶⁹ (la locazione: art. 2923) e la costituzione

67. G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti, Delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1976, p. 117 ss.; aderisce P. BOERO, *Le ipoteche*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, 2ª edizione, Torino, 1999, p. 719 ss.

68. C. MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, in *Nss. D.I.*, IX, Torino, 1963, p. 138, anche per i successivi virgolettati. In tal senso tutta la dottrina ampiamente maggioritaria: già E. BIANCHI, *Delle ipoteche*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Fiore, Napoli, 1907, II, p. 338 ss.; aderiscono pienamente, G. TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di fondi urbani*, in *Tratt. dir. prin.*, diretto da P. Rescigno, 12, 2, Torino, 2007, p. 115; M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 740 ss., spec., p. 747 s.; S. SATTÀ, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1954, p. 122; G. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, cit., p. 134 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 283 ss.; Id., *Commento all'art. 2923*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Cendon, Torino, 1991, p. 622; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 331 ss.; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 403 ss.; M. BOVE, *Commento all'art. 2923*, cit., p. 345 ss.; A. TEDOLDI, voce *Vendita e assegnazione forzata*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 670 ss., per il quale l'art. 2923 è modellato sul medesimo principio dell'*emptio non tollit locatum* dell'art. 1599 «divergendone solo per il riferimento temporale, posto in coincidenza con il pignoramento anziché con l'atto traslativo».

69. Che il diritto di locazione sia un ulteriore ipotesi di diritto reale è tesi che è stata, anche autorevolmente

di un diritto reale di godimento (l'usufrutto: art. 2812), si osserva che essa è «soltanto apparente»⁷⁰, credendosi – in scia ad autorevole pensiero⁷¹ – di dissolverla (anziché sul fondamento dei principi generali della priorità dell'acquisto in una al coordinamento con quello della priorità della trascrizione⁷²) rilevando che all'usufruttuario spetta «il diritto di concorrere sul ricavato della vendita forzata con grado derivante dalla data di trascrizione (art. 2812, 2° co., c.c.)» ovvero «che l'ipoteca s'estende ex art. 2811 c.c. alle accessioni del bene, e quindi anche ai frutti civili (canoni), che devono anch'essi intendersi vincolati al soddisfacimento del credito ipotecario»⁷³.

Dunque, la prevalente letteratura, procede, senza troppi ostacoli, accomunando, nell'unica soluzione che è parsa possibile, ogni ipotesi di vendita forzata disciplinata dall'art. 2923 c.c., espressamente escludendo ogni distinzione tra quella vendita forzata (che inizia, ma che era) preceduta da un'iscrizione ipotecaria e quella che s'intraprende soltanto in virtù della trascrizione del pignoramento, ritenendo, conclusivamente, ora che non avrebbe «senso affermare che la locazione ultranovennale, trascritta dopo l'ipoteca ma prima del pignoramento, non è opponibile al creditore ipotecario»⁷⁴, ora che non avrebbe «fondamento alcuno, né sul piano logico, né su quello letterale, la tesi secondo la quale l'art. 2923 concernerebbe solo l'espropriazione chirografaria»⁷⁵, ora, infine, che sarebbe «chiaro che non v'è ragione alcuna per ritenere che debba applicarsi una regola diversa allorché trattasi di pignoramento dipendente dall'esercizio di un'azione ipotecaria»⁷⁶. Il tutto sull'assunto – talvolta esplicitato⁷⁷ – che il contratto di locazione, successivo all'iscrizione, non priverebbe il bene oggetto dell'ipoteca⁷⁸ del suo *valore d'uso*, consentendone parimenti la vendita forzosa per la piena proprietà (e non per un diritto diverso – ad

sostenuta (M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, 2ª ed., in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2011, p. 258 ss., il quale conclude per la natura reale del diritto del locatario; e già precedentemente, C. LAZZARA, *Il contratto di locazione (profili dommatici)*, Milano, 1961, p. 109 ss.), ma che non si è mai effettivamente diffusa; il punto, con la consueta lucidità, è sviluppato da A. LUMINOSO, voce *Diritti personali di godimento*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 1 ss.; più di recente, la densa pagina di A.P. UGAS, *Profili di crisi nella distinzione tra diritti reali e diritti di credito*, in *Diritto e crisi*, cit., p. 95 ss., ove l'analisi delle implicazioni che l'autonomia privata può avere sull'identificazione della struttura della singola situazione giuridica. Sia consentito rinviare a R. FRANCO, *Il trasferimento della 'potenzialità edificatoria'. I diritti edificatori tra beni e situazioni giuridiche soggettive*, in *Liber amicorum Biagio Grasso*, Napoli, 2015, p. 311 ss.

70. A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 332; in senso decisamente contrario, sia pure con riferimento al terzo acquirente e non al creditore ipotecario, F. GAZZONI, *Tratt. della trascrizione*, cit., p. 269 ss.

71. F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 66 ss.

72. Come convincentemente argomenta F. GAZZONI, *Tratt. della trascrizione*, cit., p. 284.

73. E. ASTUNI, *Vincoli opponibili nelle procedure esecutive*, cit., p. 9.

74. F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 67.

75. A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 404; sia pure in termini non così espliciti, P. SIRENA, *L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare*, cit., pp. 567-568.

76. C. MAIORCA, *Ipoteca*, cit., p. 138.

77. Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit.; E. ASTUNI, *Vincoli opponibili nelle procedure esecutive*, cit., p. 9.

78. In questi termini espressamente Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit.

esempio di nuda proprietà – come accadrebbe se la medesima regola valesse anche per la costituzione di diritti reali di godimento trascritti successivamente all’iscrizione ipotecaria, per i quali, non a caso, è statuita espressamente l’inopponibilità al terzo acquirente del bene subastato in virtù dell’art. 2812 c.c.) e come bene produttivo di reddito (l’ipoteca si estenderebbe, invero, anche sui canoni locatizi – intesi quali frutti civili ex art. 2811 c.c. – ancora da esigere).

4. Un tentativo per una lettura alternativa del sistema.

Al cospetto di tale orientamento, sufficientemente consolidato non solo tra gli interpreti, ma finanche tendenzialmente pacifico tra gli operatori pratici, ogni dubbio, come anticipato, potrebbe rivelarsi quantomeno inopportuno, se non fosse che la soluzione proposta non finisce di convincere giacché, in ultima analisi, essa s’argomenta tutta (e, si direbbe, esclusivamente) dalla lettera della disposizione di cui all’art. 2923, e non da una complessiva valutazione condotta alla stregua del più ampio sistema ordinamentale e di quello ipotecario in particolare. Valutazione che, di contro, ove effettivamente compiuta, anche alla luce dell’indicata disposizione, finirebbe per trovare una più condivisibile interpretazione del principio *emptio non tollit locatum* e di quello della priorità della formalità pubblicitaria (espresso talvolta, sebbene con formula non coincidente, con *prior in tempore potior in iure*), in conformità a tutti gli interessi dei soggetti coinvolti nella vicenda e in una prospettiva di equilibrato componimento delle diverse istanze che devono essere considerate.

In primo luogo, si deve replicare che quell’affermazione che mette in relazione l’ipoteca con il ‘valore d’uso’ del bene che ne costituisce oggetto non risulta pienamente condivisibile rivelandosi non sufficientemente meditata, se, riprendendo spunti di insigne pensiero, si condivide l’intuizione per cui, in un’analisi *funzionalistica*, l’ipoteca «è un diritto al valore – non sul valore – di un determinato bene»⁷⁹ o, come pure s’è affermato, una «riserva di utilità (reale) sul patrimonio del costituente»⁸⁰, individuando nella *realizzazione*⁸¹ del «valore di scambio (non quello di uso)»⁸² del bene la sua funzione primaria e schiudendo

79. D. RUBINO, *L’ipoteca*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 6, il quale ivi, nota 4, puntualmente precisa che il ‘valore’ in ogni caso non costituisce oggetto dell’ipoteca, anche perché in questa prospettiva s’alluderebbe alla *struttura* dell’ipoteca, all’un tempo dovendosi replicare che «il valore non può costituire oggetto di diritti, e tanto meno di diritti reali; oggetto dell’ipoteca è il bene, e non il valore di questo»; in quest’ultimo senso anche G. GORLA, *Le garanzie reali dell’obbligazione*, Milano, 1935, p. 83 ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, p. 66 ed ivi nota 20.

80. E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in *I contratti di garanzia*, a cura di F. Mastropaolo, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007, p. 1009 ss., ove la specificazione che la costituzione della ‘riserva’ è logicamente e cronologicamente anteriore alla realizzazione patrimoniale della ‘utilità’.

81. D. RUBINO, *L’ipoteca*, cit., p. 7 discute di «diritto reale di realizzazione».

82. D. RUBINO, *L’ipoteca*, cit., p. 6; G. TAMBURRINO, *Delle ipoteche*, cit., p. 59 ed ivi nota 95, il quale richiama per intero la tesi di Rubino; E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 1010 ed ivi nota 34 ove si ribadisce che

– anche in altri limitrofi settori – a soluzioni maggiormente convincenti nell'analisi della funzione delle garanzie in generale⁸³. Dunque, la funzione dell'ipoteca realizza il valore di *scambio* del bene non il suo valore d'*uso*.

La contestata affermazione intercetta, altresì, la questione⁸⁴ inerente alla verifica degli eventuali limiti del (e/o imposte modalità di esercizio al) potere di disposizione giuridica in capo al soggetto debitore (o terzo) proprietario del bene precedentemente ipotecato. L'art. 2812 non prescrive una limitazione alla *struttura* del potere di disposizione (e di godimento, salvo quelle restrizioni che costituiscano – formalmente – il *contenuto* del concorrente costituito diritto reale), del quale resta formalmente investito il titolare, bensì incide sugli *effetti* giuridici che quell'esercizio produce, rendendo la disposizione (derivativo-*translativa* e derivativo-*costitutiva*) del diritto (nelle more⁸⁵ pienamente valida ed efficace anche nei confronti del titolare del diritto di ipoteca) inopponibile (*soltanto*) al (*id est*: inefficace, *relativamente*, per il) creditore ipotecario⁸⁶ (che abbia iscritto prima), allorché quest'ultimo dovrà procedere, in sede di espropriazione forzata, a far subastare il bene, che, in *questa sede*, sarà trasferito come libero; o, in altri termini, come non gravato dall'intervenuta costituzione di uno dei diritti indicati⁸⁷ nel riferito enunciato legislativo (e senza dover procedere con l'espropriazione anche contro i costituiti diritti reali).

Mettendo in relazione⁸⁸ la formula (impropria) del 'valore d'uso' (che la vendita forzata sarebbe idonea a realizzare) con il potere di disposizione⁸⁹ del debitore che si accredita (nell'esercizio funzionale al contratto di locazione) come non incidente sul formale potere espro-

«quando si discute di diritto al valore – o si fa comunque riferimento ad una connotazione in termini di utilità economica che deriva dalla acquisizione della garanzia e della sua eventuale escussione – con la nozione di “valore”, si intende individuare non l'oggetto del diritto (né tanto meno il bene oggetto del vincolo), ma un diritto di natura sostanziale: il diritto a conseguire, in via esclusiva o in concorso con gli altri eventuali creditori di pari grado, in caso di inadempimento del debitore al pagamento del credito garantito, il ricavato (come valore di scambio del bene vincolato) dall'aggiudicazione». Cenni anche in A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 11 ss., p. 44 ss.

83. Alb. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, p. 29 ss., spec., p. 99; F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 361 ss., spec., p. 400 ss.

84. La delinea anche P. SIRENA, *L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare*, cit., p. 567-568.

85. Ma successivamente anche in via definitiva se per qualsiasi causa l'ipoteca si estingue.

86. Il quale, pertanto, non ha necessità di procedere con l'azione revocatoria perché l'esito dell'esercizio vittorioso della medesima è già *ex lege* pre-configurato dal legislatore.

87. Esemplamente, D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., p. 366 ss.; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 146 ss., sia pure con riferimento più specifico alla situazione giuridica successiva al pignoramento, ove si precisa che «non vi è perdita della facoltà di godimento o di disposizione, ma solo limitazione della *materiale possibilità* di disporre a favor d'altri della cosa, non della possibilità giuridica di disporre del diritto ad essa relativo» (corsivo originale).

88. E. ASTUNI, *Vincoli opponibili nelle procedure esecutive: la locazione di immobili*, cit., p. 2 ss.

89. Sulla specificità della struttura del 'potere di disporre', della sua possibile individuazione in riferimento all'oggetto del suo esercizio (*id est*: la situazione giuridica soggettiva) sia permesso il rinvio a R. FRANCO, *La donazione con riserva di disporre: ripensamento dei dogmi e concretezza degli interessi*, in corso di pubblicazione su *Riv. dir. prin.*, 2017.

priativo del creditore ipotecario – il quale, si opina, potrebbe parimenti procedere alla vendita del bene *in piena proprietà* (per quanto gravato dal godimento del conduttore) – si perviene, nel ridimensionamento degli effetti che l'impostazione è idonea a provocare, a giustificare la soluzione che vedrebbe, in applicazione del disposto dell'art. 2923, la locazione prevalere sull'ipoteca anche se (avente data certa o con trascrizione se ultranovennale) successiva all'iscrizione di quest'ultima, purché antecedente alla trascrizione del pignoramento.

Sennonché, l'aver correttamente rinvenuto nella realizzazione del *valore di scambio* la funzione primaria dell'ipoteca riesce a contribuire ad una più convincente sistemazione del potere del creditore ipotecario di far vendere forzosamente il bene. Invero, se potrà convenirsi che siffatto potere non riceva una formale limitazione giuridica alla (strutturale) pienezza del suo esercizio dall'intervenuta conclusione di un contratto di locazione che, per la verità, seppure successivo, non incide sulla concreta possibilità di trasferire forzosamente la *piena proprietà*⁹⁰ (o l'altro diritto reale di godimento: intesi nella rispettiva formale unità) del bene sottoposto alla garanzia reale, è altresì vero che la realizzazione effettiva del 'valore di scambio' di quel medesimo bene (in che si compendia il *quod essentia* dell'ipoteca: art. 2808; la *sua propria funzione giuridica*, integrata con quella di garanzia) sarebbe seriamente compromessa proprio dalla presenza della locazione, che finisce per drasticamente condizionare sia le possibilità (giuridiche) di addivenire alla vendita, sia le possibilità (giuridiche) di realizzazione in termini economici (*id est*: valore di scambio) che la vendita è idonea a procurare⁹¹. E al prevedibile rilievo – agevole ad immaginarsi – che evidenziasse come la prospettiva economica non potrebbe finire per interferire con la soluzione di un problema giuridico condizionandone e/o contaminandone (pesantemente)

90. D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., p. 9, magistralmente precisa, altresì, che anche il diritto di ipoteca pregiudica il potere di disposizione giuridica del bene del debitore (*id est*: «limitano la proprietà»): «non, in linea di massima, nel potere di godimento materiale, né in quello di disposizione giuridica, che il proprietario conserva integro, ma nella stessa titolarità del dominio» in quanto il debitore medesimo è esposto «al pericolo di perder[la] con la successiva espropriazione; e questa limitazione ... non ha carattere personale ... ma opera ugualmente contro ogni successivo proprietario, perché l'ipoteca, inerendo direttamente alla cosa, rimane indifferente alle vicende della proprietà»; parimenti G. GORLA-P. ZANELLI, *Delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1992, p. 254: «per effetto dell'iscrizione dell'ipoteca, i poteri del proprietario restano limitati».

91. Che sia, dunque, improprio discutere ora di ridimensionamento o «abolizione della facoltà di disposizione» (per S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 149 ss. che si riferisce al pignoramento), ora di qualche alterazione (il termine è volutamente generico, per essere il più ampio possibile) del potere del creditore ipotecario di addivenire alla vendita forzata del bene sottoposto alla formalità è affermazione pienamente condivisibile, ma all'un tempo non si potrà negare – nel rifiutare la formula dell' «indebolimento del diritto» (F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale*, II, Padova, 1928, p. 183) – che la stipula di una locazione (da parte del debitore, avente ad oggetto il bene ipotecato) provoca senz'altro un indebolimento dal punto di vista economico. Né, per ipotesi, la soluzione all'opponibilità della locazione successiva all'iscrizione ipotecaria potrà farsi dipendere dalla verifica in concreto dell'effettivo pregiudizio economico che la prima può causare alla realizzazione del valore di scambio del bene: in questo senso, invece, P. MELUCCI, *Sistema ipotecario (lezioni)*, 3ª edizione, II, Napoli, 1912, n. 171 e F. DEGNI, *Delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1943, p. 702 (citati da D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., p. 375 ed ivi nota 116).

gli esiti, si potrebbe replicare che la soluzione qui contestata (per quanto ampiamente diffusa) non potrebbe rinvenire nella (sola) lettera dell'art. 2923 l'unico orizzonte di disciplina⁹² rifuggendo da una più complessiva e contestualizzata valutazione, risultando in contrasto con i principi generali del nostro ordinamento e di quelli propri del settore ipotecario, oltre a non svolgere una corretta ed equilibrata operazione di componimento dei diversi interessi coinvolti nella vicenda. Tra questi, in particolare, quelli del creditore ipotecario. Né, con più sofisticata (ma non insuperabile) argomentazione⁹³, varrebbe opinare che l'ipoteca – avendo ad oggetto *diritti* reali su beni immobili (il fenomeno cd. dei *diritti su diritti*) – non sarebbe limitata dalla successiva locazione, in ipotesi opponibile al creditore privilegiato (perché antecedente al pignoramento), in quanto idonea ad incidere sul *solo* profilo economico del godimento indiretto del bene (il 'valore d'uso'), non anche sulla titolarità giuridica (del diritto del debitore-terzo/disponente) e, dunque, sull'investitura formale nel diritto (*id est*: non vi sarebbe «un vero e proprio conflitto *giuridico*»⁹⁴ tra creditore ipotecario e locatario), giacché la vendita all'asta avverrebbe proprio e direttamente per *quel medesimo* diritto di proprietà, formalmente e giuridicamente *non limitato* nella *titolarità*, sibbene soltanto nel contenuto (*id est*: nella facoltà di godimento); un'incidenza che sarebbe meramente fattuale, economica e non giuridica, come tale inidonea a limitare il potere compendiato nell'ipoteca, vale a dire quello di procedere all'espropriazione forzata del diritto che di questa costituisce oggetto: «non v'è collisione tra la pienezza del dominio e la locazione»⁹⁵. E, tuttavia – pur senza in nulla lasciarsi coinvolgere nel dibattito di teoria generale sotteso alla fortunata formula dei 'diritti su diritti', decisamente recessivo e oggetto di notevoli e definitivi approfondimenti che ne hanno svelato l'imprecisione semantica, se non l'inconsistenza giuridica⁹⁶, si che oggetto

92. Che, peraltro, «ridonda ... a vantaggio anche dei creditori», come osserva E. ASTUNI, *Vincoli opponibili nelle procedure esecutive: la locazione di immobili*, cit., p. 3.

93. Che non pare invero mai essere stata finora formulata, sebbene in parte esposta da A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 404.

94. F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 67, corsivo originale.

95. F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 67.

96. Con toni definitivi già F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., p. 2 ss. ed ivi nota 1; successivamente, D. MESSINETTI, voce *Beni immateriali (diritto privato)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 3 ss., ID., voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 808 ss., spec., p. 817; O.T. SCOZZAFAVA, voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss., spec. p. 6: «[p]er riuscire ad ammettere che un diritto sia idoneo a divenire oggetto di un'ulteriore situazione soggettiva, occorrerebbe dimostrare che un criterio di qualificazione (quale, appunto, è il diritto) degradi a presupposto di fatto condizionante un'ulteriore qualificazione» (in realtà, pur credendo che la vicenda dei 'diritti su diritti' sia probabilmente frutto dello strabismo interpretativo più che una reale questione giuridica, all'affermazione ora riportata si potrebbe rilevare che la *teoria della doppia qualificazione* del fatto giuridico, ora inteso come *valutato*, ora come *valutante* è antica almeno quanto l'enigma del negozio giuridico); con specifico riferimento al diritto di superficie, ma con considerazioni generali, G. PALERMO, *La superficie*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 2ª ed., Torino, 2002, p. 24: «[s]ia l'area da costruzione che il fondo, appunto per la diversa rilevanza che vengono ad assumere alla stregua della rispettiva disciplina, costituiscono – ciascuno in sé – "bene giuridico", pur nella materiale inerenza ad un'unica *res* fisicamente inscindibile nella

dell'ipoteca⁹⁷ rimane il bene⁹⁸ (*melius*: la cosa intesa nella sua materialità⁹⁹) già «oggetto dell'altro diritto, od una particolare utilità di esso, ma non il diritto stesso»¹⁰⁰ e «considerat[o] ... ed utilizzat[o] solo nei limiti»¹⁰¹ del diritto che lo ha a riferimento e, quindi, «nella sua qualificazione giuridica»¹⁰² – potrebbe ancora replicarsi che pure a condividersi l'osservazione che la locazione non incide sulla struttura formale del diritto che rimane il medesimo (diversamente da ciò che si verificherebbe con la costituzione di un diritto reale cd. *parziario*), talché il creditore potrà far subastare il bene per il medesimo diritto (che è oggetto di ipoteca), è altresì vero che la locazione, incidendo inevitabilmente sul 'valore di scambio' del bene (la cui realizzazione costituisce la funzione giuridica propria dell'ipoteca) impedirebbe al creditore di ricavare dalla vendita all'asta quel medesimo *valore (di scambio)* che avrebbe ottenuto dalla vendita di un bene non gravato da un diritto personale di godimento. In altri termini, è proprio la presenza del contratto di locazione che intercetta, contaminandolo e ridimensionandolo, il diritto del creditore ipotecario a soddisfarsi sul «prezzo ricavato dall'espropriazione», e, quindi, in tutte quelle utilità *giuridiche* che il medesimo soggetto può conseguire mercé il diritto di ipoteca, realizzandone effettivamente il contenuto di tutela.

A conferma del ragionamento che qui si conduce sovviene, come accennato, una più ampia e complessiva sistemazione dei principi normativi e delle relative disposizioni in tema di locazione (art. 1599), trascrizione (art. 2643, n. 8 e 2644) e vendita forzata (art. 2923) che restituiscono all'intera vicenda una soluzione conformata ai valori (e agli interessi) ad essa sottesi, sì che anche tale ultimo enunciato legislativo dovrà essere interpretato – alla stregua di quell'operazione ermeneutica che si è individuata¹⁰³ nella 'riduzione

sua materialità»; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1979, pp. 146-147, ove si precisa, in critica alla teoria dei diritti su diritti, che «[i]n realtà, l'oggetto ... dell'ipoteca non diventa» lo specifico diritto reale «ma la cosa nei limiti di tale diritto. Ed è in tali limiti che, in caso di inadempimento, il creditore (... ipotecario) potrà procedere... alla esecuzione, sottoponendo, pertanto, a vendita forzata il diritto del costituente»; M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 121 ss. ed altresì l'ampia nota 168. Ne ammette la possibilità, Salv. Romano, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1980, p. 423 ss.; Id., natura giuridica del pegno di crediti, Milano, 1928, p. 47 ss.

97. Come di ogni altro diritto reale.

98. Per tutti, R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 79 ss., anche in una prospettiva più ampia e generale, idonea a coinvolgere anche l'area dei diritti di credito.

99. Sul punto sia consentito rinviare alla più ampia ricerca condotta in R. FRANCO, *Il trasferimento della 'potenzialità edificatoria'. I diritti edificatori tra beni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 336 ss. ed ivi nota 92.

100. M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 122; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., pp. 85-88, p. 155, il quale pur rilevando la disputa in dottrina, ritiene più corretto e «più aderente, non solo alla lettera dell'art. 2810, ma anche alla nozione di "capacità di ipoteca" in esso formulata» (p. 87) affermare che «oggetto è il bene, nella situazione giuridica, in cui esso si trova, in relazione al diritto che ha su di esso il datore di ipoteca; e, comunque, in relazione ad una sua utilizzazione secondo diritto» (p. 86); G. TAMBURRINO, *Delle ipoteche*, cit., p. 43 ss.

101. D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., p. 175 s. ed ivi nota 1.

102. F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 25.

103. L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 92-93.

teleologica della fattispecie' ovvero, con formula¹⁰⁴ non del tutto sovrapponibile, nella tecnica della 'dissociazione' – nell'ambito del *contesto* dei principi generali dell'ordinamento, in adesione a quel pensiero¹⁰⁵ che ribadisce, nella dinamicità del reale, che l'interpretazione¹⁰⁶ o è sistematica, assiologica ed adeguatrice¹⁰⁷, in funzione applicativa¹⁰⁸, o non è interpretazione¹⁰⁹. E se è vero che «esistere è interpretare»¹¹⁰, l'esito epistemologico deve essere in ogni caso sottoposto a rigoroso controllo¹¹¹ alla stregua dell'assiologia costituzionale e della sistematicità¹¹² (intesa quale *valore* da costantemente conseguire¹¹³) dell'ordinamento giuridico.

Per seguire il tracciato delineato, si può prendere abbrivio dalla relazione normativa che deve essere instaurata, e poi risolta, tra la disposizione (cd. *sostanziale*) dell'art. 1599 e quella in tema di pubblicità immobiliare di cui all'art. 2643, n. 8, con specifico riferimento alla locazione ultranovennale che, per essere così opponibile, deve essere trascritta. In dottrina il dibattito – per quanto ancora vivace¹¹⁴ in riferimento ai conflitti (?) tra la locazione ultranovennale avente data certa anteriore all'acquisto ma trascritta successivamente

104. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, e continuato da Mengoni, Milano, 1998, pp. 264-265: «diviene possibile distinguere, in seno alla classe di fattispecie contemplate da una certa disposizione (intesa alla lettera), due sottoclassi; e diviene altresì possibile escludere che la disposizione si applichi ad entrambe. Il campo di applicazione della disposizione è così ridotto ad alcune soltanto delle fattispecie da essa previste (secondo una interpretazione letterale)»; ID., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, e continuato da Schlesinger, Milano, 2010, pp. 348-349, p. 363; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 271 ss.

105. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, ora in ID., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1989, p. 998 ss.; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 3ª edizione, Roma-Bari, 2001, *passim*; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011, *passim*.

106. Feconda e stimolante la lettura approfondita di G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, *passim*.

107. P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, Napoli, 2006, p. 1 ss.

108. Esempiarmente, E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 692 ss.; P. RESCIGNO, *Unità e pluralità del diritto civile: il sistema e le fonti*, in P. RESCIGNO-S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, p. 97 ss., spec., p. 105: «il diritto vero è il diritto applicato».

109. E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 690 ss.; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, cit., p. 21; G. FURGUELE, *Note minime in tema di norma, ordinamento e interpretazione*, cit., p. 747: «l'interpretazione non si ritiene attività svolta a riprodurre un senso che preesiste; è, piuttosto, attività dal cui compimento dipende il significato del testo preso in esame. In definitiva risulta che l'interpretazione non è propriamente attività dichiarativa, bensì produttiva di senso».

110. G. ZACCARIA, *Interpretazione e controllo dell'interpretazione*, in ID., *La comprensione del diritto*, cit., p. 127.

111. G. ZACCARIA, *Interpretazione e controllo dell'interpretazione*, in ID., *La comprensione del diritto*, cit., p. 126 ss.

112. P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss.

113. E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 678 ss.; lucida e affascinante l'interpretazione che ne offre P. FEMIA, *Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine*, in *Diritto privato comunitario*, I, a cura di P. Perlingieri e L. Ruggeri, Napoli, 2008, p. 39 ss.

114. Parrebbe, se non ci s'inganna, ignorarlo C. CHIUSOLI, *Assegnazione della casa familiare e opponibilità ai terzi: la "disarmante semplicità" del principio della priorità della trascrizione*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 37 ss.

te a questo e tra l'acquisto dell'immobile avente data certa anteriore a quella (altrettanto certa) della locazione (art. 1599) con trascrizione del titolo di acquisto posteriore alla trascrizione della locazione (art. 2643, n. 8), per i quali rimane incerto, in ragione della prevalenza del criterio (sostanziale) della data certa¹¹⁵ o di quello (pubblicitario) della trascrizione¹¹⁶, la risoluzione a favore dell'acquirente (prevalente per la data certa) o del locatario (prevalente per la trascrizione) – sembrerebbe decisamente pacifico nell'individuare nella priorità della trascrizione ex art. 2644 (in combinato con l'art. 2808) il criterio per risolvere il conflitto tra due aventi causa dal comune autore, parimenti onerati della formalità pubblicitaria.

Ora, tale regola – *positiva* e sedimentata – viene seriamente revocata in dubbio dalla qui avversata soluzione che vorrebbe il creditore ipotecario, primo a procedere alla relativa formalità di iscrizione, soccombente nei confronti (ed esclusivamente¹¹⁷) del locatario che avesse trascritto successivamente il suo titolo con durata ultranovennale, posticipando la tutela del primo (dalla data di iscrizione alla data del pignoramento) o anticipando quella del secondo, con soluzione che, apparentemente obbediente alla lettera della legge (art. 2923), si pone in evidente contrasto con il principio cardine del sistema pubblicitario: la priorità della trascrizione¹¹⁸; predicando, peraltro,

115. F. GAZZONI, *Tratt. della trascrizione*, cit., p. 269 ss., p. 282 ss. (ove si analizza il caso della locazione successiva all'alienazione – quindi contratta *a non domino* - ma trascritta prima di questa), il quale innanzitutto sostiene che la trascrizione di cui all'art. 2643, n. 8 «non ha lo stesso valore» di quella dei numeri precedenti: pertanto «non potrà farsi meccanica applicazione dell'art. 2644, perché questa norma ha modo di operare in tutta la sua ampiezza solo quando gli atti di cui all'art. 2643 non hanno un proprio regime di opponibilità sostanziale speciale» come di contro avviene per le locazioni con la disposizione di cui all'art. 1599. L'autorevole dottrina rinviene la spiegazione del particolare regime in ciò che il diritto del locatore, comunque lo si qualifichi, non è un diritto reale ma che comunque consente al locatario alcuni vantaggi in conformità al principio dell'*emptio non tollit locatum* e che un vero conflitto tra diritti reali e diritti personali di godimento non appare possibile in linea teorica, perché di regola il diritto reale ha senz'altro prevalenza; R. TRIOLA, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, IX, 2ª edizione, Torino, 2000, p. 81, il quale ritiene la *ratio* della disposizione di cui all'art. 2643, n. 8 sia quella di tutelare l'acquirente contro la locazione che rivesta tutti i requisiti dell'art. 1599; e tuttavia una locazione stipulata da chi non è più proprietario del bene (per averlo trasferito con un atto antecedente sia pure non ancora trascritto) non risponderebbe a quei requisiti; P. SIRENA, *L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare*, cit., p. 569 ss.; A. CIATTI, *Commento all'art. 1599*, in V. Cuffaro, R. Calvo e A. Ciatti, *Della locazione. Disposizioni generali. Artt. 1571-1606*, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2014, p. 358 ss.

116. S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 128 ss.; U. NATOLI, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 44 ss.; L. FERRI-P. ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 157; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., pp. 78-79; G. MARI-CONDA, *La pubblicità*, cit., p. 32; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 85; ID-F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, cit., p. 176 ss.

117. Esclusivamente perché il creditore ipotecario prevale sia sui titolari di diritti reali trascritti successivamente alla sua iscrizione (art. 2812) sia nei confronti di ogni altro titolare di diritto personale di godimento (ad es., comodatario).

118. È quello che – se non ci s'inganna – si propone nel ragionamento di C. GHIDINI, *Diritto di abitazione del genitore assegnatario e diritto del creditore pignorante a procedere in executivis sulla casa familiare: un conflitto soltanto apparente*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 650 ss., spec., 658 ove si ritiene non divisibile (sia pure con riferimento al provvedimento

una non convincente sovrapposizione tra la vicenda di cui all'art. 1599 c.c. e quella di cui all'art. 2923 c.c.

Gli è che tale censurata opinione si mostra poco condivisibile perché non si premura di distinguere – sottraendosi a quell'attività ermeneutica rispetto alla quale risulta coesistente la concorrente opzione assiologica – tra due distinte (per *interessi* concreti e *valori*) ipotesi: *a*) quella che vede coinvolti tre soli soggetti (il debitore inadempiente-disponente, il locatario e il terzo acquirente del bene subastato), con una vicenda in cui, allorché il contratto di locazione viene concluso, non è presente alcuna formalità pregiudizievole a carico del disponente in quanto (per essere egli non ancora inadempiente) una formalità di pignoramento non risulta ancora trascritta; e *b*) quella che introduce, nel caso ora rappresentato, una precedente (rispetto alla data certa o alla trascrizione della locazione) iscrizione ipotecaria a favore di un creditore, evidentemente emergente dai registri immobiliari, sì da coinvolgere la sfera giuridica di un quarto soggetto: gli interessi di cui quest'ultimo è portatore, a collocarsi nella linea interpretativa consegnata alla lettera dell'art. 2923, sarebbero del tutto, quanto inspiegabilmente, disattesi e non considerati, là dove un giudizio ponderato richiederebbe un'accorta loro valutazione al fine di una più adeguata attività di interpretazione complessiva ed assiologica, in conformità ai principi del sistema della trascrizione ed ipotecario: art. 2808 e 2644. Fino a giungere ad affermare¹¹⁹ – con non poca sorpresa – che il legislatore avrebbe escluso dalla regola della priorità della trascrizione e/o iscrizione di cui all'art. 2644 proprio e soltanto (?) la locazione immobiliare ultranovennale, così costringendo ad immaginare l'inverosimile, e cioè che quel medesimo legislatore per un verso avrebbe richiesto che la locazione ultranovennale, per essere opponibile, deve essere (oltre che con data certa, anche) trascritta e, per l'altro, avrebbe escluso tale più vantaggioso¹²⁰ effetto proprio e soltanto per la locazione ultranovennale.

Ora, alla luce del principio della priorità della trascrizione, risulta del tutto ingiustificata la prevalenza che, in base alla *sola* lettera (senza anche la necessaria *interpre-*

di assegnazione della casa coniugale e non con specifica attenzione al contratto di locazione) «ammettere da un lato che il provvedimento di assegnazione ex art. 337 *sexies* c.c., sia opponibile al terzo acquirente che acquisti la proprietà della casa familiare sulla base di un contratto e, allo stesso tempo, negare l'opponibilità del medesimo provvedimento a chi della casa familiare acquisti la titolarità nel corso di una procedura esecutiva». Ora, come si riferisce meglio nel testo, se l'argomentare, si come riferito, potrebbe, in termini generali ed astratti, anche condividersi, si espone alla (a parere di chi scrive: decisiva) critica, là dove non tiene in adeguata (e necessaria) considerazione la circostanza che, nel caso concreto, sul bene immobile – prima del pignoramento e prima del provvedimento di trasferimento del bene al terzo acquirente all'asta – era stata iscritta un'ipoteca a favore di un creditore, il cui interesse e la cui iscrizione sarebbero immediatamente lesi (se non del tutto tralasciati) da un trasferimento a favore di terzo che origina da una formalità (*id est*: il pignoramento) successivo a quella stessa iscrizione. Aderisce a quanto si sostiene C. CHIUSOLI, *Assegnazione della casa familiare e opponibilità ai terzi*, cit., p. 40.

119. F. S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., pp. 67-68.

120. In quanto, diversamente, sarebbe opponibile nei limiti del novennio.

tazione) dell'art. 2923, si vorrebbe accreditare al locatario che avesse concluso il contratto o avesse eseguito la trascrizione prima del pignoramento, ma successivamente all'iscrizione ipotecaria.

Il riferimento che la disciplina degli artt. 1599 e 2643, n. 8 effettua al terzo acquirente deve, *mutatis mutandis*, riproporsi, nell'ipotesi dell'iscrizione ipotecaria, ma con riferimento *proprio* (ricalibrandone la *ratio* e l'efficacia) al creditore ipotecario, sì che il conflitto da risolvere sarà tra quest'ultimo ed il locatario, sul fondamento della priorità dell'esecuzione delle rispettive formalità pubblicitarie, all'un tempo più equilibratamente individuando la soluzione del conflitto anticipandola dal pignoramento all'iscrizione ipotecaria: il primo, dirimente nell'ambito di una espropriazione chirografaria; la seconda nell'ambito di un'esecuzione con formalità pregiudizievole debitamente e precedentemente pubblicizzata. D'altra parte, la regola consegnata all'art. 2923 non potrebbe che rimettere, in assenza di altre formalità pubblicitarie, al (la data di notificazione ovvero a quella della trascrizione¹²¹ del) pignoramento il criterio per discriminare la prevalenza tra creditore procedente e locatario, così – in piena adesione ai principi ed alla valutazione degli interessi dei soggetti coinvolti – lasciando prevalere il secondo che oppone un titolo con data certa o trascrizione anteriore al primo atto esecutivo (il pignoramento) la cui conoscibilità è garantita dalla consultazione dei registri immobiliari. All'opposto, nell'ipotesi di una precedente iscrizione ipotecaria (della quale pure¹²² l'eventuale locatario potrebbe apprendere conoscenza mediante la consultazione dei registri immobiliari: cd. *conoscibilità legale*) risulterebbe fuori luogo l'applicazione della regola di cui all'art. 2923 che consentirebbe al locatario, con titolo avente data certa o trascrizione posteriore all'iscrizione, di prevalere sul creditore ipotecario, sì da rendere opponibile il rapporto giuridico di godimento anche al terzo acquirente del bene subastato, con una soluzione che non potrebbe non risultare *ictu oculi* stridente sia alla stregua dei riferiti principi, sia sul fondamento di una ponderazione assiologica dei diversi interessi coinvolti nel caso concreto.

Non potrà consentirsi, pertanto, che un creditore ipotecario soccomba nei confronti del locatario che gli opponesse un titolo avente data certa (se infranovenale) o trascritto (se ultranovenale) successivamente all'iscrizione ipotecaria¹²³, soltanto perché anteriore

121. La soluzione è, come riferito, incerta.

122. E non soltanto i titolari di eventuali diritti reali minori ai sensi dell'art. 2812.

123. In verità – estendendo il ragionamento sotteso alla ricostruzione di F. Gazzoni, sopra indicato – si potrebbe approfondire ulteriormente la questione (nell'acquisita irrilevanza di ogni riferimento alla trascrizione del pignoramento qualora si registri una precedente iscrizione ipotecaria) ed occuparsi del caso in cui la locazione ultranovenale avesse data certa anteriore all'iscrizione ipotecaria, ma risultasse trascritta successivamente a questa. Anche qui, la soluzione si renderebbe conseguenza dell'opinione che si vuole accreditare tra chi la rimette esclusivamente al principio della priorità della trascrizione (come vorrebbe il riferimento all'art. 2643, n. 8) e chi, chiamando in causa anche la norma di carattere sostanziale dell'art. 1599, finisce per dare prevalenza al criterio della data certa della locazione anteriore all'iscrizione ipotecaria (sebbene successivamente trascritta).

al(la trascrizione del) pignoramento¹²⁴. Pertanto, «rimane fuori questione l'art. 2923, che concerne solo l'espropriazione chirografaria»¹²⁵, là dove – in presenza di una primitiva iscrizione ipotecaria – «l'inopponibilità all'acquirente [del bene subastato] è una mera conseguenza di quella all'espropriante»¹²⁶.

Si tratta di fare proficua e concreta applicazione delle più convincenti tecniche interpretative ed argomentative e, con un'ermeneutica attenta ai principi ed ai valori¹²⁷ (dell'ordinamento e non soggettivistici o meta-ordinamentali), apprendere che – pur consapevoli dei «*cancelli della parole*»¹²⁸ – l'art. 2923 esprime, con un'unica *disposizione*, due distinte *norme*¹²⁹: quella che emerge *ictu oculi* dal tenore letterale dell'enunciato legislativo e quella che si *costituisce* – solo per manifestarsi espressamente, ma già intrinseca alla dimensione giuridica cui è sotteso il postulato fondamentale¹³⁰ della *coerenza, sistematicità ed unitarietà* dell'ordinamento (che *ordina e si ordina*¹³¹ in un «perenne aggiustamento»¹³²) – in seguito alla ricostruzione assiologica e teleologica dell'interprete¹³³ e ad una sapiente combinazio-

124. Espressamente anche Trib. Trento, 11 gennaio 2010, in www.dirittobancario.it

125. D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., p. 375; solo parzialmente coincidente G. GORLA-P. ZANELLI, *Delle ipoteche*, cit., p. 254 i quali se per la locazione ultranovenale trascritta concludono nel senso dell'opponibilità al creditore ipotecario soltanto se la prima è trascritta antecedentemente all'iscrizione della seconda (così avvicinandosi, sebbene non coincidendo totalmente, al ragionamento qui sostenuto), con riguardo alla locazione infranovenale affermano – diversamente da quanto qui s'argomenta – che «essa, purché di data certa anteriore al pignoramento, è [sempre] opponibile al creditore ipotecario» e, dunque, anche se la data certa è posteriore all'iscrizione ipotecaria.

126. D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., p. 375; aderisce – discutendo di «un'efficacia prenotativa» dell'ipoteca «tale per cui, una volta venuta ad esistenza, ogni atto di disposizione successivo non può avere conseguenze pregiudizievoli nei confronti del creditore, attribuendogli quel “diritto di sequela” che è uno dei caratteri tipici dell'ipoteca stessa»: C. CHIUSOLI, *Assegnazione della casa familiare e opponibilità ai terzi*, cit., p. 40.

127. *Valori*, che pur distinti dai *principi*, costituiscono l'essenza di riferimento del diritto; diversamente, decisamente, N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, cit., p. 7 ss.

128. Il riferimento evidente è al recente lavoro di N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, cit., *passim* ove pure l'illustre Maestro rileva che gli enunciati legislativi «presentano sempre, o quasi sempre, un certo grado di indeterminatezza, da cui è ricavabile una pluralità di norme» tra le quali l'interprete deve (*id est*: ha il dovere di) effettuare una scelta.

129. Troppo nota per essere riproposta la distinzione tra disposizione e norma. Per tutti: V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 195 ss.; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Id.*, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 142 ss., spec., pp. 149-150; diversamente, F. CARNELUTTI, *In tema di interpretazione e applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 14 ss., spec., p. 24.

130. Esempio E. PARESCE, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 701 ss.

131. Sul punto è d'obbligo il richiamo al pensiero del Maestro Salvatore Romano che si è provato sommessamente a ricostruire nel contributo R. FRANCO, *Lo studio del procedimento giuridico in Salvatore Romano. Ovvero: l'autonomia privata nella dimensione dinamica dello svolgimento, tra ordinamenti e unitarietà sistematica*, in *Salvatore Romano – I Maestri italiani del diritto civile*, a cura di G. Furguele, Napoli, 2015, p. 155 ss.

132. E. PARESCE, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 704; V. SCALISI, *Ritorno al diritto (Dialogo con Paolo Grossi)*, cit., p. 115 ss.

133. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 141: l'indeterminatezza della disposizione normativa costituisce «da porta attraverso la quale il flusso storico penetra continuamente nell'ordinamento giuridico».

ne di *continuo* e *discontinuo*¹³⁴, nell'orizzonte ordinante del sistema nella sua complessità¹³⁵. Così, all'un tempo, mettendo a profitto quel segnalato «percorso di verità e giustizia, consistente nella ricerca da parte dell'interprete della regola di azione più *conveniente e adatta*, più *appropriata e congrua*, a soddisfare le esigenze pratiche che sono alla base del concreto e storico fatto della vita»¹³⁶ e pervenire a «quella regola che, commisurandosi allo specifico interesse che con il fatto prende vita e si costituisce, nel contempo recepisce e si conforma alla prescrittiva *normatività* insita nel fatto stesso»¹³⁷.

Il tutto alla luce, pur senza voler rinfocolare dibattiti consegnati al passato, del «principio generale della inopponibilità dei rapporti obbligatori»¹³⁸ ovvero della prevalenza dei diritti reali su quelli obbligatori o personali di godimento (salvo le ristrette eccezioni in cui esso è posto in *non cale* dall'art. 1599 c.c.), quantomeno in termini di opponibilità¹³⁹, dovendosi, nel caso in parola, con una generale lettura sistematica ed una visione più ampia dell'art. 1599 c.c., affermare che «alla posizione del compratore per vendita volontaria va ora parificata non direttamente quella dell'aggiudicatario, ma anzitutto quella del creditore ipotecario, cui l'altra si adegua»¹⁴⁰, con il che l'art. 2923 disciplinerebbe soltanto l'ipotesi della vendita forzata non preceduta da un'iscrizione ipotecaria, perché in questo ultimo caso, invece, vigerebbe il principio di cui al riferito art. 1599, vale a dire che la data certa della locazione prevale solo se anteriore alla data di i(tra)scrizione dell'ipoteca (o della vendita volontaria), dovendo soccombere se quella data fosse successiva alla pubblicità della relativa formalità.

Per vero – a porsi ancora nella proposta censurata – si dovrebbe ammettere che l'ipotesi qui indagata finirebbe per rappresentare l'unica fattispecie la cui disciplina sarebbe sottratta ai principi generali, se è vero che, in adesione a questi, i diritti reali costituiti dal debitore successivamente all'ipoteca soccomberanno di fronte al terzo acquirente del bene all'asta (art. 2812) e i diritti obbligatori e/o personali di godimento soccomberanno anch'essi in virtù della generale inopponibilità dei medesimi (ad es., comodato) ovvero della loro subor-

134. Il riferimento è al magistrale quanto noto saggio di S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in ID., *Scritti giuridici*, V, Milano, 2011, p. 1130 ss.

135. La distinzione (ma non la separazione, anzi la necessaria compenetrazione) tra *ordinamento e sistema*, là dove il primo («ossia ... *diritto vivente o legalità sociale originaria*» e dall'«*assiologia dei valori*») deve ricomprendere il secondo ma non s'esaurisce in esso, è in V. SCALISI, *Per una ermeneutica 'veritativa' orientata a giustizia*, cit., p. 1269 ss.; G. FURGIUELE, *Notazioni sull'insopprimibile nesso fra diritto e interpretazione*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, p. 781 ss.

136. V. SCALISI, *Per una ermeneutica 'veritativa' orientata a giustizia*, cit., p. 1268.

137. V. SCALISI, *Per una ermeneutica 'veritativa' orientata a giustizia*, cit., p. 1268.

138. D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., p. 375.

139. F. GAZZONI, *Tratt. della trascrizione*, cit., p. 269 ss., p. 283: leggendo le dense pagine dell'autorevole dottrina emerge come, sebbene non si occupi direttamente del caso della iscrizione ipotecaria, le soluzioni cui si sarebbe giunti avrebbero coinciso con quelle qui avanzate.

140. D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., p. 375; poi, A. RAVAZZONI, *L'ipoteca*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 20, Torino, 1998, p. 36.

dinazione al principio della priorità della trascrizione (art. 2643, n. 10 e 12); un'eccezione¹⁴¹, quella qui contestata, che si faticerebbe a giustificare se non argomentandola dalla *mera* lettera dell'art. 2923, di per sé inidonea a fondarla, stante la sua contraddizione alla vigenza dei predetti principi generali che, di contro, se adeguatamente coordinati (come si è provato ad illustrare), restituiscono piena e convincente ricostruzione dell'intero settore, anche con riferimento al caso specifico oggetto di approfondimento.

Pertanto, e conclusivamente, il creditore ipotecario con formalità iscritta prima della locazione *disposta* dal debitore-esecutato prevarrà sempre – e comunque – sugli aventi causa (anche a seguito di vendita forzosa) da quest'ultimo, sia se attributari di diritti reali (in adesione alle disposizioni di cui all'art. 2812), sia se attributari di diritti personali di godimento (ad es., comodato), anche dotati di particolare forza (locazione), indipendentemente dalla trascrizione del pignoramento (primo atto del processo esecutivo), risultando contrastante con i tutti i principi generali dell'ordinamento che *soltanto* l'ipoteca (quale diritto reale) ed in questa specifica vicenda abbia a soccombere, pur se prioritariamente iscritta: il creditore potrà far espropriare forzosamente il bene e subastarlo come libero, anche da contratti di locazione, in quanto a lui inopponibili, se aventi data certa successiva o trascritti successivamente all'iscrizione ipotecaria.

5. Ulteriori possibili critiche e loro confutazione.

Né, infine, le ulteriori possibili osservazioni per cui «non ha significato dichiarare l'inopponibilità della locazione ad un creditore e l'opponibilità ad altro creditore, perché il rapporto di locazione non è suscettibile di una stima oggettiva»¹⁴² e «che, una volta accesa l'ipoteca sull'immobile, sarebbe praticamente preclusa la possibilità di una locazione ultranovennale, che non potrebbe opporsi all'aggiudicatario, in caso di espropriazione» si dimostrano idonee a sostenere una soluzione che volesse constatare *sempre* la soccombenza del creditore ipotecario di fronte alla locazione stipulata successivamente all'iscrizione ipotecaria dal debitore-proprietario ovvero ad incrinare il ragionamento finora sviluppato. Invero, in primo luogo, la prima delle riferite affermazioni potrebbe essere rivolta anche alla costituzione, da parte del titolare del bene immobile, di diritti reali di godimento trascritti in data successiva all'iscrizione ipotecaria, se non fosse che, per questa ipotesi, la perentoria disciplina recata dall'art. 2812 renderebbe del tutto (ed *automaticamente*¹⁴³) inopponibile, al creditore ipotecario ed al terzo acquirente del bene subastato, i riferiti diritti parziari, sì che non solo l'evocata perplessità potrebbe immediatamente dissolversi, ma

141. Per la tesi qui avversata, F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 68, il quale afferma: «quando l'art. 2644 dice che gli atti enunciati nell'art. 2643 non hanno effetto riguardo ai precedenti creditori ipotecari, bisogna intendere l'affermazione con esclusione della locazione ultranovennale».

142. F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 67, anche per il successivo virgolettato.

143. Nel senso che il creditore nulla dovrebbe eccepire al riguardo, stante l'espressa regola contenuta nell'art. 2812.

susciterebbe altresì l'interrogativo dell'inspiegabile eccezionalità, in termini di 'quoziente di opponibilità', che questo (e solo questo) diritto personale di godimento (di certo non un diritto reale) si vedrebbe attribuito, senza il supporto dei principi generali e di quello della priorità della trascrizione in particolare.

Inoltre, anche la paventata lesione della «libertà»¹⁴⁴, per il debitore-datore di ipoteca, di stipulare una locazione (ultranovennale trascritta, nella prospettiva da ultimo censurata¹⁴⁵, ma anche infranovennale¹⁴⁶, nella ricostruzione qui proposta), perché essa diverrebbe (nel ragionamento che si intende seguire) inopponibile al terzo acquirente all'asta, è osservazione che si dimostra non condivisibile, in quanto sfuocata rispetto alle diverse ed ulteriori modalità di esercizio del potere di disposizione e di godimento da parte di chi ha concesso l'ipoteca: qualsiasi diritto reale, invero, sarebbe inopponibile al creditore ipotecario ed al terzo acquirente, sì che varrebbe nuovamente il ragionamento appena formulato.

Né potrebbero sovvenire, a sostegno della tesi qui avversata, i richiami agli artt. 2811 e 2812, co. 4-5 e 2643, n. 9), c.c.. Invero, le relative discipline – rispettivamente in tema di miglioramenti apportati alla cosa locata nel cui ambito semantico si fa talvolta rientrare anche i frutti civili che produce il contratto di locazione avente ad oggetto il medesimo bene gravato da ipoteca e in merito alla cessione e liberazione da canoni locatizi¹⁴⁷ sottoposti al regime della trascrizione se superiori al triennio ovvero a quello della data certa se infratriennali – postulano la pregiudiziale risoluzione della questione dell'opponibilità o meno al creditore ipotecario del contratto di locazione stipulato dal debitore-terzo datore. Soltanto se la locazione sarà opponibile, nei termini e modalità sopra indicate, al creditore ipotecario, quest'ultimo potrà: a) rivalersi – ma solo in sede di espropriazione forzata del bene¹⁴⁸ – sui canoni locatizi ancora da esigere in virtù del contratto di locazione; b) vedersi opposta la cessione o la liberazione dei fitti, nei termini e modalità di cui al combinato disposto degli artt. 2643, n. 9) e 2814, commi 4 e 5, c.c. Come puntualmente ribadito, «la liberazione o cessione deve necessariamente

144. È termine adoperato da F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 67.

145. F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 66 ss.

146. O anche ultranovennale ma non trascritta per la quale non si pone alcuna questione di ulteriore problematica in termini di mancata opponibilità (come invece ritiene F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 67), in quanto sarà la data certa – anteriore o posteriore all'iscrizione ipotecaria – a determinarne la prevalenza o la soccombenza della locazione rispetto all'ipoteca.

147. In tema le rigorose pagine di F. GAZZONI, *Tratt. della trascrizione*, cit., p. 319 ss. e, con specifico riferimento al creditore ipotecario, p. 325; A. ZACCARIA-S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, cit., p. 114 ss. Da ultimo, la ricerca approfondita di B. MARUCCI, *Liberazione e cessione dei canoni di locazione: il ruolo della trascrizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 889 ss.

148. Durante il corso dell'ipoteca, i frutti spettano senz'altro al proprietario del bene ipotecato o al titolare di altro diritto reale parziario ipotecato.

precedere e non può seguire l'alienazione¹⁴⁹ [*id est*: il trasferimento del diritto o la costituzione dell'ipoteca]», di là da ogni ulteriore applicazione della priorità della trascrizione, se la cessione è ultratriennale.

Alla luce di quanto riferito, risulta di scarsa resistenza il rilievo per cui – secondo la tesi qui contestata – «il legislatore non ha voluto pregiudicare la libertà del debitore ipotecario di concludere anche delle lunghe locazioni»¹⁵⁰, rimanendo essa inspiegabile alla stregua di quanto sopra argomentato; né varrebbe obiettare che il locatario sarebbe così esposto a subire le conseguenze del mancato adempimento, da parte del debitore-proprietario-locatore del bene immobile, del debito garantito da ipoteca. Sarebbe ancora una volta agevole replicare che il debitore ipotecario – proprio ed in quanto concedente l'ipoteca – si è *liberamente* posto in una situazione di minore libertà dispositiva (sia diretta, sia indiretta) o, meglio, in una situazione in cui quella libertà, sebbene sia pur sempre formalmente garantita, consegua una limitata (*melius: relativa* in)opponibilità, al suo precedente avente causa, degli atti dispositivi che possano (anche solo astrattamente e/o potenzialmente¹⁵¹) ledere *giuridicamente* la *funzione* di quella precedente situazione giuridica concessa in garanzia al creditore.

D'altra parte, come esemplarmente ritenuto¹⁵², non si sono introdotti «nella valutazione giuridica criteri metagiuridici ... abbandonando il dato positivo scaturiente [dalla] fonte di qualificazione» giacché occorre «tener presente che la “emergenza” di un valore giuridico, non sempre senza una ragione, appare in una forma piuttosto che in un'altra, che non tutte le “illogicità” della legislazione sono “illogiche” e che spesso l'elemento che appare al “dogmatico” irrazionale è, proprio, il “principio” vitale che potrà avere, domani, sviluppi tali da travolgere la “logicità” che sembrava, fin allora, dominante nel sistema».

6. Conflitto tra creditore ipotecario e assegnatario della casa familiare.

Una recente sentenza della Corte di legittimità¹⁵³ consente di svolgere alcune considerazioni in merito alla regolamentazione del ‘conflitto’ tra assegnatario della casa familiare e creditore ipotecario (il cui sviluppo si riflette sulla stabilità e contenuto del diritto acquistato dal terzo all'asta), vale a dire dell'*opponibilità* del provvedimento giudiziale a quest'ultimo.

149. F. GAZZONI, *Tratt. della trascrizione*, cit., p. 321.

150. F.S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 67.

151. Si che, per un verso, non è dato discutere di danno come, nella specifica ipotesi immaginata, rappresenta A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 405 ed ivi nota 34, e, per l'altro, il creditore ipotecario non avrebbe alcun onere di provare e quantificare il danno subito.

152. E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 694 per entrambi i successivi virgolettati.

153. Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit. Cfr., altresì, nel medesimo senso, Cass., 11 luglio 2014, n. 15885, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 648 ss., con commento critico di C. GHIDINI, *Diritto di abitazione del genitore assegnatario e diritto del creditore pignorante a procedere in executivis sulla casa familiare: un conflitto soltanto apparente*; Cass., 19 febbraio 2012, n. 12466.

La questione è subito identificata: può l'assegnatario della casa coniugale, con provvedimento avente (per definizione) data certa successiva all'iscrizione ipotecaria, ma anteriore al(la notifica o alla trascrizione del) pignoramento (come prescrive l'art. 2923), prevalere sul creditore ipotecario? O, in altri termini, prevalere sull'acquirente del bene subastato opponendo a questo, almeno nei limiti del novennio (se il provvedimento di assegnazione non risulta anche trascritto), il diritto (conseguito giudizialmente) al godimento della casa familiare? E se la risposta fosse positiva, da quando far iniziare il decorso del novennio: dalla data (*certa*) del provvedimento o da quella del successivo pignoramento? Se in margine a tale ultimo interrogativo la risposta pare pacificamente intesa nel senso che il novennio decorra dalla data del provvedimento di assegnazione in conformità al disposto dell'art. 2923, comma 2, c.c., non pochi dibattiti hanno suscitato le problematiche appena indicate, dovendosi prender partito (assunto, non senza profondi contrasti¹⁵⁴, che il diritto di godimento della casa familiare sia *sostanzialmente* riconducibile a quello del locatario), tra un'interpretazione più rispondente alla lettera della medesima disposizione di cui all'art. 2923 c.c. ed una lettura, di certo più rischiosa al cospetto della formulazione legislativa (e come sopra si è cercato di svolgere), che elevi i principi di sistema a chiave di interpretazione di ogni vicenda giuridica.

Peraltro qualche perplessità, in merito alla comprensione della formula «quoziente di *opponibilità*» ai terzi dei provvedimenti di assegnazione della casa familiare, indipendentemente dalla trascrizione, sembra perverso emergere anche in giurisprudenza se per un verso si legge che «il diritto vantato dall'assegnataria, opponibile a terzo acquirente, non paralizza tuttavia quello del creditore di procedere in *executivis* sul bene oggetto dell'assegnazione, pignorandolo e facendolo vendere coattivamente»¹⁵⁵ e per l'altro, più chiaramente, si precisa che «questi provvedimenti non hanno effetto riguardo al creditore ipotecario che abbia acquistato il suo diritto sull'immobile in base ad un atto iscritto anteriormente alla trascrizione del provvedimento di assegnazione e che perciò può far vendere coattivamente l'immobile come libero»¹⁵⁶. Invero, dalla prima conclusione parrebbe emergere il dubbio¹⁵⁷ – che è invece fugato dalla seconda – per cui il creditore, in alcun modo impedito, in termini giuridici, nell'esercizio del diritto di far vendere all'asta (il diritto di piena proprietà sul)l'im-

154. Per una trattazione monografica sia consentito il rinvio a R. FRANCO, *Opponibilità dei provvedimenti di assegnazione della casa coniugale*, cit., *passim*.

155. Cass., 19 febbraio 2012, n. 12466; Cass., 11 luglio 2014, n. 15885, cit.

156. Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit.

157. Posizione, peraltro, rivendicata in dottrina da C. GHIDINI, *Diritto di abitazione del genitore assegnatario*, cit., p. 656 s., il quale afferma che «se, da un lato, il provvedimento di assegnazione non preclude al creditore di procedere in *executivis* e dall'altro il provvedimento di assegnazione è opponibile al terzo acquirente, allora tanto l'uno quanto l'altro devono essere considerati espressione del medesimo diritto, altrimenti residuando un'evidente incongruenza nell'interpretazione giurisprudenziale prevalente».

mobile ipotecato, avrebbe, nondimeno, a subire la presenza del provvedimento di assegnazione del medesimo, tralasciando ogni considerazione, pur necessaria, in merito all'incidenza, in termini giuridici, che l'eventuale opponibilità del provvedimento sarebbe idonea a causare, svolgendosi inevitabilmente sulla *funzione* dell'ipoteca; vale a dire sulla realizzazione del 'valore di scambio' (art. 2808) di quel dato immobile (che ne costituisce oggetto).

Traslare le dinamiche argomentative sul piano che qui interessa impegna inevitabilmente il coinvolgimento della complessa disciplina dell'assegnazione della casa familiare, con particolare riferimento all'individuazione della natura della situazione di godimento che da essa s'origina, sebbene la questione vorrebbe essere sdrammatizzata nella recente giurisprudenza di legittimità¹⁵⁸, ove si sostiene che qualora ci si trovi ad analizzare conflitti che coinvolgono provvedimenti di assegnazione per i quali sia stata debitamente curata la trascrizione, essi andranno risolti (di là dall'indagine sulla natura della situazione giuridica sottoposta a pubblicità) in applicazione esclusiva della disciplina indicata dall'art. 2644, con la prevalenza del creditore ipotecario «che abbia acquistato il suo diritto sull'immobile in base ad un atto iscritto anteriormente alla trascrizione del provvedimento di assegnazione e che perciò può far vendere coattivamente l'immobile come libero»¹⁵⁹.

Invero, rimettere la questione all'unico criterio recato dall'art. 337-*sexies* (già art. 155-*quater*) e quindi – se ed in quanto il provvedimento sia stato trascritto¹⁶⁰ – (esclusivamente) alla pubblicità immobiliare, accettando una pretesa abrogazione tacita, parziale e *relativa*¹⁶¹ dell'art. 6, comma 6, della legge n. 898 del 1970, finisce per rivelarsi non sod-

158. Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit.

159. Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit.

160. Così come ragiona Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit. secondo cui stante (come nella vicenda sottoposta al vaglio di legittimità) «l'avvenuta regolare trascrizione del verbale omologato dal tribunale non vi è necessità di prendere posizione sulla vexata quaestio dell'opponibilità, sia pure infravennale, dell'assegnazione disposta con provvedimento non trascritto, ma avente data certa» aggiungendo che «l'art. 155 quater c.c. [ancora vigente *ratione temporis*] ... rinvia all'art. 2643 cod. civ., e non all'art. 1599 c.c., per le condizioni di opponibilità del provvedimento (trascritto) e riferisce queste ultime non solo all'acquirente dell'immobile, ma ad ogni possibile terzo; categoria, nella quale rientra anche il creditore che ha iscritto la propria ipoteca prima dell'assegnazione».

161. Al termine 'relativa' adoperato nel testo si è fatto ricorso perché nella motivazione della sentenza si ha modo di apprendere che la questione dell'abrogazione nel caso sottoposto alla Corte di legittimità non si poneva, perché essa avrebbe avuto (ancora) ragion d'essere *soltanto* se il provvedimento di assegnazione della casa coniugale (avente data certa) non fosse stato anche trascritto. L'avvenuta trascrizione – questo il pensiero della Corte delle leggi – supererebbe ogni problematica relativa all'abrogazione tacita che, di contro, permarrrebbe in tutta la sua delicata attualità qualora l'interprete si trovasse al cospetto di un provvedimento di assegnazione avente data certa ma non trascritto. Appare allora palese che la soluzione, pur avvalorata dalla Cassazione, in merito alla pretesa abrogazione tacita, si rende scarsamente comprensibile e convincente non potendosi accettare l'idea che un'abrogazione tacita sia o meno verificata in ragione della avvenuta o meno effettuazione della trascrizione di un provvedimento. Che questa sia la linea argomentativa della Corte lo si deduce, altresì, dall'affermazione per cui «data l'avvenuta regolare trascrizione del verbale omologato dal tribunale non vi è necessità

disfacente¹⁶². Si renderebbe invero poco condivisibile una soluzione che – dichiarando di voler prescindere dalla predetta qualificazione giuridica – rimettesse unicamente¹⁶³ al criterio della priorità della trascrizione (di cui all'art. 2644 c.c., sebbene il riferimento espresso sia all'art. 2643) la soluzione del conflitto tra beneficiario della casa familiare e creditore ipotecario, assegnando preminenza ad un criterio risolutorio che, previsto per i diritti reali, non sembra accettabile per quanto indicato dalla specifica disciplina della locazione (artt. 1599 e 2923 c.c.), in ossequio al principio *emptio non tollit locatum* e ad una attenta e convincente ricostruzione sistematica¹⁶⁴ dei rapporti tra data certa (art. 1599) e trascrizione (art. 2643, n. 8). Così lasciando comprendere che il conflitto tra l'assegnatario e il creditore ipotecario (o il terzo avente causa) si risolverà soltanto postulandosi l'adesione all'una o all'altra natura giuridica della situazione soggettiva del coniuge beneficiario dell'attribuzione; opzione che, peraltro, per quanto non espressa, pervade tutta la motivazione della sentenza. Risulta, pertanto, non convincente rimettersi all'individuazione di un criterio di risoluzione dei conflitti senza fare espressa *professio* in merito alla qualificazione della situazione del coniuge assegnatario, se è vero che questa finisce per essere inevitabilmente il presupposto della scelta di quel criterio risolutorio e riflettersi immediatamente sulla tutela degli interessi concreti delle parti¹⁶⁵.

La cronologia degli accadimenti che hanno interessato la ripetuta pronuncia, che qui si riportano per una migliore comprensione¹⁶⁶, induce perverso ad apprendere che la

di prendere posizione sulla vexata quaestio dell'opponibilità, sia pure infranovenale, dell'assegnazione disposta con provvedimento non trascritto, ma avente data certa». Dunque, in questa visione argomentativa, l'avvenuta trascrizione metterebbe immediatamente in *non cale* tutta la disciplina alla quale la giurisprudenza assolutamente dominante ritiene sottoposta l'assegnazione della casa familiare, equiparando al diritto personale di godimento (sul modello della locazione) la situazione giuridica del coniuge assegnatario; con la conseguenza che il mero riscontro del verificato (rigido) criterio della priorità dell'iscrizione dell'ipoteca rispetto alla successiva formalità dell'assegnazione renderebbe quest'ultima (sempre) inopponibile al creditore ipotecario (e, quindi, al terzo acquirente del bene subastato) senza la possibilità di consentire al coniuge assegnatario il godimento almeno nei limiti del novennio.

162. Per tutto l'apparato argomentativo che si è creduto di individuare al riguardo, si consenta di rinviare ancora a R. FRANCO, *Opponibilità dei provvedimenti di assegnazione della casa coniugale*, cit., p. 52 ss., anche per un ragionamento critico sull'ipotesi della formula di 'abrogazione tacita'.

163. Così, espressamente, Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit.: «La disciplina dell'opponibilità secondo il criterio della priorità della trascrizione... è riferibile ad ogni provvedimento di assegnazione della casa familiare che sia trascritto».

164. Il riferimento è alla meditata soluzione proposta da F. GAZZONI e seguita da R. TRIOLA, per le quali cfr., nota 115.

165. Interessi concreti che, come emerge *ictu oculi*, sono diversamente tutelati e composti proprio in ragione dell'elezione di una o dell'altra ricostruzione: si tratta, invero, di decidere se il coniuge assegnatario della casa familiare – con provvedimento avente in *re ipsa* data certa, ma non trascritto – possa continuare nel godimento sibi sibi sull'immobile gravi una precedente iscrizione ipotecaria, almeno nei limiti del novennio (seppur il termine fosse superiore).

166. Iscrizioni ipotecarie: la prima del 2001 e la seconda del 2008; omologazione dell'accordo di separazione (contenente l'assegnazione della casa familiare) in data 26 giugno 2008 e sua trascrizione in data 6 agosto

soluzione della questione dell'opponibilità del provvedimento di assegnazione sarebbe dipesa (come in effetti si è verificato) dalla (pre)acquisita – anche se non espressamente manifestata¹⁶⁷ – natura giuridica della situazione di godimento del coniuge¹⁶⁸. Invero, se, una volta qualificata questa quale diritto reale (di abitazione), sarebbe prevalso senz'altro il principio unico della priorità della trascrizione ai sensi dell'art. 2644 c.c., con la conseguente non opponibilità al creditore ipotecario precedente del provvedimento di assegnazione (avente data certa – ma non necessariamente¹⁶⁹ – posteriore all'iscrizione e) trascritto successivamente (conclusione cui giunge la Suprema Corte); qualora, all'opposto, la si individuasse in una vicenda sovrapponibile a quella del locatore, la soluzione si sarebbe rimessa all'art. 2923 c.c. in tema di locazione, con il che, in una all'orientamento prevalente sopra ricordato, l'opponibilità sarebbe stata garantita dalla data certa (e non necessariamente anche dalla trascrizione) del provvedimento di assegnazione anteriore rispetto alla data di trascrizione del pignoramento (art. 2923 c.c.), sia pure successiva alla iscrizione ipotecaria.

Conclusione che, per tale ultima vicenda, come sopra si è rappresentato, si dimostra non convincente giacché nell'ipotesi della locazione (alla cui natura si riconduce il diritto di godimento dell'assegnatario della casa familiare), il titolare del diritto di godimento prevarrà soltanto se avrà trascritto il provvedimento in data antecedente all'iscrizione ipotecaria ovvero il medesimo abbia data certa anteriore.

Probabilmente, in adesione alla ricostruzione sopra riportata¹⁷⁰ e sviluppata, la soluzione che afferma la non opponibilità del provvedimento di assegnazione al creditore ipotecario (e, dunque, al terzo acquirente all'asta), nel caso analizzato dalla Corte di legittimità¹⁷¹, sarebbe potuta conseguire¹⁷² anche argomentando dai principi generali ed *ex*

2008; entrambe le date precedenti a quella di trascrizione del pignoramento in data 25 maggio 2010.

167. E, anzi, finanche ritenuta non incidente sulla soluzione del conflitto tra l'acquirente dell'immobile (e/o il creditore ipotecario) l'assegnatario della casa familiare da Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit.

168. Per una disamina critica delle diverse opzioni interpretative, sia consentito rinviare a R. FRANCO, *Opponibilità dei provvedimenti di assegnazione della casa coniugale*, cit., p. 3 ss.

169. Sarebbe fatica vana, perché alternativamente troppo noto o estremamente complesso spiegarne il fondamento, dedicarsi al principio individuato dall'art. 2644, comma 2, c.c. nelle intersezioni e tentativi di componimento alla stregua del concorrente principio consensualistico.

170. Sempre D. RUBINO, *L'ipoteca*, cit., p. 375.

171. Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit. della quale – sia pure non accettandone il ragionamento giuridico a sostegno – si condivide la soluzione conseguita, vale a dire che «da trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa coniugale non è opponibile al creditore ipotecario che abbia iscritto la sua ipoteca sull'immobile prima della trascrizione del detto provvedimento»; in senso conforme, Trib. Trento, 11 gennaio 2010, cit.

172. Di là dal dover configurare necessariamente una abrogazione, tacita e parziale, dell'art. 6, comma 6, della legge n. 898 del 1970 e dal dover, sia pure implicitamente (ed, anzi, per quanto manifestamente affermato che non fosse necessario ai fini della soluzione concreta), prendere posizione in margine alla situazione giuridica dell'assegnatario, riconducendola al diritto reale di abitazione, con la conseguente applicazione del criterio risolutivo dei conflitti di cui all'art. 2644. Invero, una volta affermata la sopravvenuta abrogazione della citata disposizione che all'art. 1599 fa riferimento, è giocoforza riferirsi all'unica disciplina individuabile, nell'art. 155-*quater* (ora 337-*sexies*), applicando il prin-

art. 1599 c.c., nel senso di ritenere che il predetto provvedimento non sarà opponibile al terzo avente causa (o terzo aggiudicatario) perché, sebbene recante (come poi effettivamente verificatosi) data certa anteriore alla trascrizione del pignoramento, esso risultava posteriore all'iscrizione ipotecaria e, pertanto, non opponibile al creditore privilegiato (né al terzo acquirente del bene subastato).

D'altra parte anche l'ulteriore critica che evidenziasse come (anche) il diritto reale di garanzia immobiliare, al pari del «diritto reale per antonomasia»¹⁷³, dovrebbe «cedere il passo» nel conflitto con il diritto personale di godimento assegnato al coniuge al quale è stata affidata la prole, non sembrerebbe avvedersi¹⁷⁴ di quanto correttamente si era affermato qualche riga prima, in adesione al pensiero dominante, là dove si scriveva che «il provvedimento di assegnazione sarà opponibile ai terzi che in *epoca successiva* alla sua emissione o trascrizione, abbiano acquistato diritti sul medesimo bene»¹⁷⁵. Orbene, nel caso concreto qui indagato, il creditore iscrive ipoteca in data antecedente rispetto al provvedimento di assegnazione della casa familiare o, all'inverso, quest'ultimo è successivo all'acquisto di diritti reali sul bene immobile da parte di terzi, idoneamente pubblicizzati presso il competente registro immobiliare.

Non si comprende, allora, perché se il terzo acquistasse il diritto di piena proprietà (o altro diritto reale) con atto negoziale anteriore al provvedimento giudiziale avrebbe senz'altro prevalenza nel conflitto che lo contrapporrebbe all'assegnatario¹⁷⁶ del diritto di

cipio della priorità della trascrizione tra la formalità ipotecaria e il provvedimento di assegnazione della casa familiare, di là dall'individuazione della data in cui è stato trascritto il pignoramento (ai sensi della disciplina di cui all'art. 2923).

173. Per questo come per il successivo virgolettato, C. GHIDINI, *Diritto di abitazione del genitore assegnatario*, cit., p. 657.

174. Se non ci s'inganna.

175. C. GHIDINI, *Diritto di abitazione del genitore assegnatario*, cit., pp. 652-653; in senso conforme, già Cass., 19 febbraio 2012, n. 12466, cit.

176. Là dove quest'ultimo prevarrebbe nei confronti dei terzi che avessero acquistato (assumendo come criterio di riferimento temporale ora la data dell'atto ora quella dell'esecuzione della formalità della trascrizione) in *epoca successiva* al provvedimento di assegnazione: nei limiti del novennio, in assenza di trascrizione; per l'intero periodo in presenza della trascrizione. Sul punto è intervenuta la recente pronuncia di Cass., 11 settembre 2015, n. 17971 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 243 ss., con commento critico di M. PALADINI, *Limiti all'opponibilità del diritto dell'assegnatario di casa familiare*, ivi, p. 247 ss.), che – nell'ambito di una delicata quanto complessa vicenda e nel ribadire l'applicazione della disciplina dell'assegnazione della casa familiare anche alle coppie conviventi *more uxorio* in presenza di figli minori – ha deciso nel senso di ritenere opponibile al terzo acquirente il provvedimento di assegnazione (della casa familiare) anche nell'ipotesi in cui questo fosse stato emesso oltre un anno dopo rispetto all'intervenuta vendita dell'immobile da parte dell'altro convivente (unico proprietario) ad un terzo, estraneo i rapporti familiari. La soluzione genera evidenti perplessità se non sicure preoccupazioni, oltre che per l'esito cui la Suprema Corte ritiene di pervenire, anche per il laconico ragionamento addotto a suo supporto, vale a dire il riferimento alla circostanza che il terzo acquirente fosse, già precedentemente al provvedimento e almeno dalla data di stipula della compravendita, «a conoscenza della preesistenza della destinazione a casa familiare» e, quindi (con un'automaticità di conseguenze tutta da dimostrare, ma data per assiomaticamente verificata), avvertito «della consapevole finalità di eliminazione di tale carattere mediante il trasferimento unitamente al dante causa». Il costrutto argomentativo risulta immediatamente debole se, per un verso, volesse sovrapporre la conoscenza relativa alla circostanza sopra rappresentata a quella del terzo acquirente coinvolto nel giudizio di

godimento e, di contro, dovrebbe soccombere qualora egli *acquistasse* un altro diritto reale, nella specie quello di garanzia, subendo la lesione del suo diritto a realizzare il ‘valore di scambio’ del bene sottoposto ad ipoteca, in ipotesi libero da ogni peso al momento dell’iscrizione ipotecaria.

revocatoria (già vittoriosamente instaurato dall’assegnataria dell’immobile per sentire pronunciare l’inefficacia dell’atto dispositivo nei suoi confronti in quanto lesivo delle ragioni creditorie alla prestazione degli alimenti da parte del convivente) e, per l’altro, volesse individuare in essa l’elemento discriminante generale ai fini dell’opponibilità del provvedimento di assegnazione anche qualora quest’ultimo non fosse stato (non solo non trascritto precedentemente, ma neanche) non ancora emesso alla data di stipula dell’atto di trasferimento, finendo per far gravare sull’acquirente gli eventi futuri ed imprevedibili che dovessero coinvolgere – dopo il trasferimento – la famiglia del dante causa, così consentendo altresì l’agevolazione di eventuali meccanismi negoziali in pregiudizio del terzo (M. PALADINI, *Limiti all’opponibilità*, cit., p. 250). Né, ancora, convince il ragionamento sia là dove pretenderebbe di estendere al comodato (conformato dalla destinazione a residenza familiare) il regime speciale dell’opponibilità del contratto di locazione di cui all’art. 1599 c.c., sia ove vorrebbe sostenere che il comodato è di per sé originato anticipatamente rispetto al provvedimento che assegna la casa ad uno soltanto dei coniugi e, in quanto tale, opponibile al terzo acquirente dell’immobile. Si tratta, ritornando alla tratteggiata ipotesi, di un’abitazione la cui legittimazione al godimento dell’altro coniuge in parte e *pro-quotia* si fonda sul suo diritto di comproprietà e per il resto su un contratto di locazione, di comodato (cfr., espressamente, E. QUADRI, *Comodato e «casa familiare»: l’intervento delle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1442 ss., spec., p. 1443 ss.; Cass., 9 giugno 1990, n. 5632, cit.; Cass., 30 ottobre 1987, n. 8032, in *Arch. civ.*, 1988, p. 62) ovvero di disciplina dell’uso comune (ai sensi dell’art. 1102 c.c.), riuscendo difficile comprendere l’affermazione che rilevasse «la stranezza della coesistenza nello stesso soggetto [...] delle due qualità di comproprietario e comodatario» (Cass., 10 dicembre 1996, n. 10977, cit.). L’analisi del problema (in termini M. LEO, *Quesito n. 650-2007/C, Sui limiti di opponibilità del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa ai comodanti*), spesso individuato nei termini dell’opponibilità agli altri comproprietari (che divenissero proprietari esclusivi del bene, in virtù di una divisione o di una compravendita delle rimanenti quote) del provvedimento di assegnazione, merita una immediata precisazione, all’un tempo concettuale e semantica; precisazione che contribuirà a comprendere come un problema tecnico di *opponibilità* del titolo dell’attribuzione esclusiva, in sede divisionale, del bene ad uno dei partecipanti che avesse precedentemente consentito al godimento di altro comproprietario (ed della di lui famiglia), a qualsiasi titolo, del provvedimento di assegnazione della casa familiare (in sede di separazione e divorzio) non sarebbe neppure a configurarsi. Invero, la vicenda dell’opponibilità, in tanto si potrà concepire in quanto si tratti di risolvere un conflitto tra l’assegnatario dell’immobile ed un terzo acquirente (dai comproprietari) del medesimo e si risolverà sul fondamento delle più generali conclusioni esposte nel corso del testo (Trib. Roma, 4 luglio 2000 e Trib. Roma, 29 maggio 2000, in *Giust. civ.*, 2001, p. 819 ss., con commento di A. NERI, *Del rapporto tra il giudizio di divisione dei beni in comunione legale tra i coniugi, lo scioglimento della comunione stessa e il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare*). Parimenti si risolverebbero le questioni poste dall’art. 1113 c.c. sulla chiamata ad intervenire alla divisione. Di contro, nella questione prospettata, non di opponibilità ai terzi di tratta, bensì di comprendere analiticamente, tra principi generali e regole specifiche del tipo contrattuale (*id est*: il comodato, se è vero che per la locazione sussiste specifica disciplina), la volontà delle parti espressa nell’accordo legittimante il godimento di un comproprietario con la di lui famiglia, privo evidentemente di termini finali espressi, al fine di verificare se riescono a recuperarsi alla più complessiva valutazione ermeneutica elementi oggettivi idonei a conformare funzionalmente il diritto del comodante agli interessi invocati a tutela della prole ovvero se l’assegnazione (in base ai principi di derivatività degli acquisti e del *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*) si conformerà al diritto di godimento del comodatario, ricevendone termini, modalità e limitazioni all’utilizzo. Pertanto, l’assegnazione sarà disciplinata, nel caso di locazione (per quelle quote non in titolarità del coniuge non assegnatario), dal disposto dell’art. 6, comma 2, della legge 392 del 1978; in caso di comodato, in base alla tesi che si ritiene di dover seguire nella più ampia ricostruzione del fenomeno indagato.

Come si è già indicato, se è vero che il creditore ipotecario non vede formalmente alterato il suo diritto all'esecuzione immobiliare essendo (*parimenti*) facoltizzato a procedere alla vendita forzata della piena proprietà dell'immobile, è anche vero che la *funzione* propria dell'ipoteca ne sarà profondamente e negativamente incisa, non consentendo – l'opponibilità al terzo acquirente del sopraggiunto provvedimento di assegnazione dell'abitazione – di realizzare la pienezza del divisato 'valore di scambio', senz'altro ridimensionato dall'insistenza di un diritto costituito successivamente all'iscrizione.

Senonché, l'insegnamento decisamente prevalente¹⁷⁷ (che sopra si è ritenuto di poter contestare, e che ora risulta respinto anche dalla giurisprudenza di legittimità) ripudia tale ricostruzione e individua un'unica disciplina per tutte le ipotesi di vendita forzata, di là dalla verifica se esse abbiano o meno fatto seguito ad una precedente iscrizione ipotecaria; sì che i termini per verificare l'opponibilità dell'assegnazione della casa familiare (e risolvere il supposto conflitto) sono quelli relativi al(la data) del provvedimento e (alla data) della trascrizione del pignoramento, non risultando ammissibile il riferimento alla data di iscrizione della precedente (eventuale) ipoteca: se l'assegnazione (non trascritta ovvero trascritta, ma in data successiva all'iscrizione ipotecaria) ha data certa anteriore al pignoramento, allora è opponibile al terzo acquirente del bene subastato, (almeno) nei limiti del novennio¹⁷⁸ dalla data del provvedimento; se fosse (anche) trascritta in data antecedente al pignoramento (ancorché successivamente all'iscrizione ipotecaria), sarebbe senz'altro opponibile in tutta la sua durata¹⁷⁹.

Sebbene, anche in questa prospettiva, margini di recupero¹⁸⁰ a tutela del creditore ipotecario (per l'esercizio effettivo del suo diritto alla realizzazione del valore di scambio dell'immobile) parrebbero sovvenire – non tanto da una (non sempre esplicitata) lettura funzionale dell'art. 2923, comma 3, postulando un'assimilazione di *ratio* tra l'ipotesi ivi espressamente disciplinata (del canone locatizio vile e/o in frode) e l'assegnazione della casa familiare che, per definizione, non comporta il pagamento di alcun canone da

177. F. S. GENTILE, *Le ipoteche*, cit., p. 66 ss.; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 404 ss., A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 330 ss.; M. BOVE, *Commento all'art. 2923*, cit., p. 343 ss.

178. Rimane in discussione se la riduzione del termine di un'eventuale assegnazione/locazione di durata superiore al novennio al periodo dei nove anni sia una conseguenza automatica della stessa inopponibilità al creditore ipotecario ovvero se sia proprio quest'ultimo a dover sollevare, in sede di esecuzione, con una propria iniziativa, l'intervento del giudice diretto a ridurre al novennio l'eventuale maggior periodo indicato nel provvedimento di assegnazione o nel contratto di locazione; sul punto, A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 405 ss., ivi nota 34; L. FERRI-P. ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 156; A. ZACCARIA-S. TROLANO, *Gli effetti della trascrizione*, cit., p. 110 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

179. In senso contrario A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 405.

180. Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit.; Trib. Verona, 23 aprile 2016; Trib. Torino, 25 marzo 2010; Trib. Trento, 11 gennaio 2010, cit.; Trib. Verona, 23 agosto 2008; con vigore E. ASTUNI, *Vincoli opponibili nelle procedure esecutive*, cit., p. 10

parte del beneficiario¹⁸¹, quanto – da un’interpretazione dell’attuale art. 337-*sexies* (già art. 155-*quater*) nella parte in cui dispone che i provvedimenti di assegnazione della casa familiare sono opponibili «ai terzi» nel rispetto dell’art. 2643 e del principio della priorità nell’esecuzione della formalità pubblicitaria. Con la conseguenza che se il provvedimento di assegnazione fosse trascritto successivamente all’iscrizione dell’ipoteca, esso non sarebbe opponibile al creditore ipotecario che potrà far subastare l’immobile come libero.

In ogni caso, a porsi nella curvatura interpretativa qui sostenuta e nella condivisione della ricostruzione che assimila la natura giuridica della situazione del coniuge assegnatario a quella del locatario¹⁸², almeno *quoad effectum*, potrà farsi riferimento alla conclusione che si è creduto di poter conseguire e, pertanto, ritenere che il provvedimento di assegnazione sarà opponibile al terzo acquirente del bene subastato soltanto se di data (certa, non anche trascritto) antecedente all’iscrizione ipotecaria; diversamente, il medesimo bene sarà venduto forzosamente per il diritto (*melius*: il bene per com’è nella titolarità del concedente) oggetto di ipoteca, senza che sia possibile opporre al terzo acquirente il diritto al godimento dell’immobile a favore del coniuge assegnatario.

7. Coincidenza nello stesso soggetto delle qualità di assegnatario della casa familiare, con-debitore e comproprietario dell’immobile (sottoposto ad esecuzione e oggetto di assegnazione).

La Cassazione¹⁸³ ha modo altresì di analizzare il caso concreto in cui nella persona del coniuge assegnatario dell’immobile coincidevano, altresì, le figure di debitore esecutato (esclusivo o unitamente all’altro coniuge) e di comproprietario del medesimo immobile.

In seguito alla rilevata coincidenza delle predette qualità, la Suprema Corte ha affermato che la posizione del coniuge assegnatario rileva, nel caso sottoposto al giudizio, in quanto «essa stessa debitrice esecutata e comproprietaria», indicando nella riferita coincidenza un fatto *determinante* ai fini della soluzione del conflitto con il *precedente* creditore ipotecario. Invero, è «evidente che le vicende esecutive incidono [sul coniuge assegnatario] quale debitrice esecutata, con l’applicazione dei principi in materia esecutiva in favore del creditore precedente che – sulla base dell’iscrizione ipotecaria (peraltro anteriore al provvedimento di assegnazione della casa familiare) – ha promosso l’azione esecutiva, con la trascrizione del pignoramento, sui beni immobili di proprietà dei debitori. L’acquirente del bene in sede di vendita forzata acquista, quindi, un bene libero da pesi senza che allo stesso possano neppure opporsi eventuali diritti acquisiti da terzi sulla cosa»¹⁸⁴.

181. Pur intuita da Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit.

182. Così, in esito ad una ricerca che ha analizzato le diverse e numerose posizioni dottrinali e giurisprudenziali al riguardo, si è ritenuto di concludere in R. FRANCO, *Opponibilità dei provvedimenti di assegnazione della casa coniugale*, cit., p. 7 ss.

183. Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, cit.; Cass., 11 luglio 2014, n. 15885, cit.

184. Cass., 11 luglio 2014, n. 15885, cit.; in senso critico, invece, C. GHIDINI, *Diritto di abitazione del genitore*

Diversamente, alla luce di quanto finora argomentato, pare preferibile ritenere che la riferita coincidenza tra coniuge assegnatario, comproprietario e debitore non si appalesi in quella pretesa decisività che vorrebbe imputarle la suprema Corte: le riflessioni che si è creduto di potere sviluppare sono state condotte alla stregua dei principi dell'ordinamento e dei referenti normativi in cui essi trovano svolgimento, senza in alcun modo rimettere alla *qualità* specifica del soggetto, che ha in godimento l'immobile ipotecato, alcuna particolare rilevanza ai fini della soluzione giuridica del caso concreto.

Tutte le riflessioni che si è ritenuto di svolgere – preme di ribadire – si collocano inevitabilmente nell'orizzonte totale dell'interpretazione alla quale è coesistente l'apriori ermeneutico¹⁸⁵, nella consapevolezza della perenne incompiutezza dell'*esito*¹⁸⁶ e dell'insegnamento per cui se «l'interpretazione diviene certezza viene meno come interpretazione»¹⁸⁷.

assegnatario, cit., p. 658 ss.

185. A. RIGOBELLO, *L'apriori ermeneutico. Domanda di senso e condizione umana*, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2007, *passim*.

186. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990, 2^a ed., p. 100.

187. A. RIGOBELLO, *L'apriori ermeneutico. Domanda di senso e condizione umana*, cit., p. 20.

FUNZIONE DI CONTROLLO E PROCEDIMENTO NEI SISTEMI DI AMMINISTRAZIONE DELLA SOCIETÀ PER AZIONI: PRIME CONSIDERAZIONI

LORENZA FURGIUELE

Ricercatore Università di Roma “Tor Vergata”

SOMMARIO: 1. Controllo e procedimento. – 2. Funzione di controllo e sistema tradizionale. – 3. *Segue*. La funzione di vigilanza del consiglio di amministrazione e il dovere di agire informato. – 4. Funzione di controllo e sistema dualistico. – 5. Funzione di controllo e collegialità nel sistema monistico.

1. Le ragioni che stanno alla base di una riflessione sulla disciplina dei controlli nella società per azioni in chiave procedimentale sono molteplici.

Innanzitutto, il profilo che qui si vuole iniziare a esaminare pone, oggi più che in passato, un problema preliminare di impostazione che risente del modificato contesto in cui opera l'impresa organizzata in forma di società per azioni, rispetto al quale il legislatore ha cercato in più luoghi di dare risposta, non solo nella riforma delle società di capitali del 2003, ma anche, e in maggior misura rispetto al profilo dei controlli, nelle discipline dei settori vigilati¹.

Di qui l'esigenza non solo di dare conto del modificato atteggiamento culturale rispetto al profilo del controllo nella società azionaria, che è *in primis* manifestato dalla disciplina, ma soprattutto di reperire un *metodo*² idoneo a impostare il problema, come tale

1. Come sottolineato da N. ABRIANI, *Il ruolo del collegio sindacale nella governance del nuovo millennio*, in *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, a cura di M. Vietti, Milano, 2013, p. 329 ss., pp. 332-335, quanto ai controlli nelle imprese assicurative e bancarie, nonché alla definizione del sistema di controllo interno contenuta nel Codice di Autodisciplina delle società quotate. Con specifica attenzione al profilo dei controlli interni nelle imprese bancarie, v. M. LIBERTINI, *Il sistema dei controlli nelle banche*, in *La governance delle società bancarie – Convegno in memoria di Niccolò Salanitro*, a cura di V. Di Cataldo, Milano, 2016, p. 63 ss., p. 65 ss.

2. Sul tema non può prescindersi da quanto osservato, proprio sul metodo da porsi alla base dello studio dei controlli, da P. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di M. Bianchini e C. Di Noia, Milano, 2010, p. 115 ss., p. 120, per il quale il controllo “è tema sorto, dibattuto, e regolato senza «metodo», intendo dire con scarsa attenzione alle ragioni che soltanto in tempi relativamente recenti hanno portato alla emersione del fenomeno, alla sua più precisa natura, e soprattutto al rilievo e alla funzione che tale agire (parlare di attività può essere distortivo) ha nell'organizzazione societaria dell'esercizio d'impresa”. Analoga, e particolarmente incisiva, è la posizione di P. MARCHETTI, *Controllo e gestione nel sistema dualistico*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Torino, 2009, p. 156, ove il chiaro invito a “riflettere su quel coacervo di situazioni e problematiche che identifichiamo con la formula sintetica del controllo, reagendo così a una tendenza, a mio avviso tanto diffusa quanto immotivata, di parlare in blocco di controllo. Sul controllo, e tornerò sul punto, occorre lavorare un po' di fioretto”.

avulso da scelte ideologiche³, talora giustificate da periodi di crisi economica⁴, e a trarne indicazioni utili al fine di risolvere le (molteplici) questioni applicative che lo riguardano.

Si è assistito, in particolare in tempi recenti, a una modifica del ruolo dei controlli nella società per azioni della quale non sempre dottrina e giurisprudenza si sono manifestate consapevoli⁵. Alla valutazione della funzione di vigilanza come momento censorio, o, piuttosto, volto a risolvere un problema essenzialmente riconducibile a quello di un conflitto fra le parti di un contratto, si è affiancata una diversa valutazione dei controlli la cui rilevanza può apprezzarsi, invece, esclusivamente attraverso la loro collocazione nell'agire imprenditoriale.

Si registra difatti una diversa valenza del controllo nella società azionaria quale *momento* (equiparabile al controllo su una *funzione propria* da parte dell'imprenditore), parte di una funzione *complessa*⁶, quella imprenditoriale, sia quanto alla sua valorizzazione sia quanto alla sua *collocazione*. Si è da più parti segnalata, ed è ormai un dato acquisito alla riflessione dottrina, l'esigenza di studiare la *funzione* di controllo a prescindere dalla sua attribuzione a un organo a ciò espressamente preposto⁷ e di comprenderne la portata attraverso il confronto dialettico con la funzione gestoria⁸. Più volte la dottrina ha ricordato, a quest'ultimo proposito, che la previsione da parte dell'ordinamento di sistemi alternativi di amministrazione e controllo consente di studiare la funzione di vigilanza non più rapportandola al modello originario del collegio sindacale, rispetto al quale deve comunque oggi diversamente argomentarsi, ma a quel confronto dialettico di cui sopra si è detto, voluto dal legislatore in termini differenziati e, in ogni caso, fra loro alternativi⁹.

3. Cfr., per diverse posizioni ricostruttive di vertice, che talora pongono in evidenza anche contrapposte posizioni ideologiche: M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, in *Giur. comm.*, I, 2014, p. 669 ss. e F. DENOZZA, *Logica dello scambio e "contrattualità": la società per azioni di fronte alla crisi*, in *Giur. comm.*, I, 2015, p. 5 ss.

4. Seppure una riflessione sulla efficienza delle regole di *corporate governance* si sia imposta all'esito della recente crisi finanziaria, come sottolineato da V. CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di amministrazione e controllo*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da P. Benazzo-M. Cera-S. Patriarca, Milano, 2011, p. 652 ss.

5. Ma per una chiara presa di posizione sulla necessità di un cambiamento di prospettiva si v. N. ABRIANI, *Verso una riforma della disciplina dei controlli interni*, in *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, a cura di G. Mollo, *Quaderno giuridico Consob*, Roma, 2015, p. 97 ss.

6. Per la riflessione sulla *complessità*, diversamente impostata nel diritto privato come atto complesso e nel diritto amministrativo come articolazione dell'azione, si v. P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, rist., Milano, 1993, p. 36 ss., part. in nt. 100, ove si sottolinea il passaggio dalla figura dall'atto complesso a quella del procedimento.

7. Si v. per la valorizzazione della funzione di controllo del consiglio di amministrazione M. STELLA RICHTER jr, *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 663 ss.

8. Per cui si v. C. ANGELICI, *In tema di rapporti fra "amministrazione" e "controllo"*, in *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, a cura di P. Abbadessa, Torino, 2015, p. 145 ss.

9. Cfr. ID., *op. cit.*, p. 146 ss.

Ciò nonostante permane, parlando appunto di controllo, una certa insoddisfazione di fondo nel rilevare la presenza di una molteplicità di discipline che lo interessano¹⁰, la loro tendenziale asistematicità, e la difficoltà di comprenderne il ruolo, questo sì differenziato, alla luce di quel confronto dialettico da più parti ritenuto necessario¹¹.

Una riflessione che sia utile a impostare¹² il problema dei controlli non può prescindere dalla constatazione che l'articolazione procedimentale¹³ delle decisioni imprenditoriali, ottenuta attraverso la separazione dei ruoli e la trasparenza dei processi¹⁴, si fonda essenzialmente sulla previsione di *momenti* di controllo che consentono di scandire il procedimento stesso, attraverso i quali la decisione risulta sì più ponderata, ma soprattutto idonea a *formalizzare l'iter* logico attraverso la quale si è realizzata. Tale circostanza può risultare di

10. Ma v. M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nella organizzazione della società per azioni, con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi*, in RDS, 2014, p. 2 ss., pp. 11-12, sul ridimensionamento dei pericoli della moltiplicazione dei controlli alla luce di un loro coordinamento che, tuttavia, non debba fondarsi su un criterio gerarchico rigido, bensì sulla autonomia ed equiordinazione degli organi e uffici incaricati di funzioni di controllo. Parla di sistema "poli-centrico" dei controlli N. ABRIANI, *Il ruolo del collegio sindacale*, cit., p. 335.

11. In questo senso cfr. G. PRESTI, *Di cosa parliamo quando parliamo di controllo?*, in *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di M. Bianchini e C. Di Noia, cit., p. 142 ss., p. 143, e P. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, cit., p. 126.

12. Nella medesima prospettiva, ma con diversi accenti in ordine all'esigenza di ricostruire il significato della funzione di controllo, si v. M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nella organizzazione della società per azioni*, cit., p. 3 ss.; S. FORTUNATO, *Il «sistema dei controlli» e la gestione dei rischi (a quindici anni dal T.U.F.)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 253 ss., quest'ultimo nei termini della individuazione di un discrimine fra amministrazione e controllo e G. PRESTI, *Di cosa parliamo*, cit., p. 144, per il quale la distinzione riguarda l'ambito, le finalità e i destinatari del controllo.

13. Di qui una riflessione che, secondo certa parte della dottrina, si muove su un terreno comune al diritto amministrativo: V. AMOROSINO, *L'«amministrativizzazione» del diritto delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 620; M. LIBERTINI, *Diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2016, p. 215 ss., p. 227 ss. Cfr. nella medesima ottica volta a valorizzare le analogie del processo decisionale nel diritto societario con il procedimento amministrativo, G. STRAMPELLI, *Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza*, in *I controlli nelle società pubbliche*, diretto da F. Auletta, Torino, 2017, pp. 91 ss., p. 93.

14. La riflessione che ne è seguita ha riguardato in particolar modo l'esame del procedimento attraverso il quale si forma la deliberazione, assembleare o consiliare, sottolineandosi, più di recente, l'incidenza della disciplina sopra richiamata sulla *motivazione* della decisione che, attraverso la formalizzazione della scansione dell'*iter* decisionale, risulta necessariamente più articolata e, di conseguenza, più approfondita: cfr. G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, Milano, 2014, p. 31 ss. e, in senso diverso, anche rispetto alla impostazione seguita in questo lavoro, A. SCANO, *Premesse a uno studio della motivazione delle decisioni societarie: spunti dal diritto europeo*, in *Rivista OdC*, 2016, p. 6, secondo il quale "ben potrebbe verificarsi il caso di un *procedimento senza motivazione* della decisione finale; come anche di una *decisione motivata senza procedimento* preliminare." Si v. anche P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 42 ss., p. 52, ove l'affermazione che "il controllo non è estrinseco ma *intrinseco alla funzione gestoria*" e ID., *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 707 ss.; G. RACUGNO, *I controlli interni*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 37 ss., a p. 42, per il quale "L'efficienza del controllo presuppone necessariamente *organizzazione e procedimentalizzazione* delle operazioni gestorie, vale a dire: a) separazione dei ruoli nei processi gestionali; b) tracciabilità delle scelte; c) effettuazione delle scelte in base a criteri oggettivi (quanto più possibile)". Si v., proprio per la segnalazione della procedimentalizzazione dell'*attività* del consiglio di amministrazione attraverso momenti di controllo, M. STELLA RICHTER jr, *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione*, cit., p. 667 ss.

una qualche rilevanza anche al fine di ricostruire sistematicamente il ruolo della *funzione* di controllo nell'organizzazione dell'impresa azionaria.

Il procedimento, difatti, quale formula descrittiva di fenomeni complessi, *prima ancora* che processo formativo delle decisioni¹⁵, costituisce la *forma* della funzione imprenditoriale¹⁶, ovvero la *disciplina dell'esercizio di un potere* e, in tal senso, si pone come il presupposto stesso per la formazione delle decisioni nelle quali il fenomeno imprenditoriale si sostanzia¹⁷. Solo la valutazione della complessità dell'attività, quale principio interpretativo generale, consente di ricostruire l'agire nell'impresa in termini giuridici e di collocarne i vari momenti in una serie indirizzata al raggiungimento di un risultato *unitario*¹⁸.

Questo tipo di impostazione trae spunto dall'insegnamento di chi, proprio nel cercare di "razionalizzare" il concetto di controllo, segnalava l'esigenza di studiare l'agire imprenditoriale come una sequela di momenti in cui alla decisione sull'agire altrui, ovvero alla *programmazione*¹⁹ dell'attività, segue l'esecuzione della decisione che, a sua

15. Diversamente quindi dalla prospettiva più di frequente accolta nel diritto privato, la quale, se non nega la configurabilità stessa del procedimento, vi coglie esclusivamente la somma di *atti* negoziali, piuttosto che un principio organizzativo di un'attività. Si v. però la critica alla teoria della fattispecie produttiva di effetti svolta da SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, *passim*, secondo il quale l'adozione della visuale dinamica propria del metodo procedimentale è idonea a inquadrare l'autonomia privata come *esercizio* di poteri, e quindi come *azione* giuridica. Dal che l'esigenza, alla base del pensiero di Salvatore Romano, di "acquistare maggiore consapevolezza non tanto del dato della successione di atti da un punto di partenza ad uno di arrivo, quanto dei principi che regolano il movimento stesso" (ivi, a p. 4). In questo senso può essere opportuno ricordare anche l'insegnamento di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Milano, 1993, p. 241, che, seppure riferito all'ambito del diritto amministrativo, ben si ataglia anche al nostro caso: "La volontà dell'atto amministrativo non è negoziale, ma è normalmente procedimentale, è il risultato di sequenze di atti di più uffici o organi, ciascuno dei quali apporta propri giudizi, valutazioni, opinioni: se il provvedimento una volta adottato si dice atto di una figura soggettiva, ciò avviene ai fini dell'imputazione formale, richiesta dal principio generale di certezza giuridica". Si v. in questa logica P. FERRO-LUZZA, *Per una razionalizzazione*, cit., p. 117, ove l'osservazione che il controllo, in ogni possibile significato, è fenomeno tipico del settore pubblicitario, "dominato da un principio di potere, anziché di autonomia".

16. Si v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 101, il quale definisce il procedimento amministrativo come forma della funzione amministrativa.

17. Si deve a P. FERRO-LUZZA, *I contratti associativi*, Milano, rist., 2001, p. 190, l'osservazione che l'agire ha giuridico rilievo a prescindere dai singoli atti in cui esso si traduce, rispetto ai quali è comunque antecedente.

18. Evidente è l'essenzialità della funzionalizzazione dell'attività di impresa: P. FERRO-LUZZA, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, cit., p. 115 ss., a p. 126; C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2012, p. 369. Cfr., sul piano più generale, SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico*, cit., p. 25, secondo il quale il procedimento "non va considerato come azione svolta ma come svolgersi dell'azione" e, rispetto al procedimento amministrativo, v. R. VILLATA-G. SALA, voce *Procedimento amministrativo*, in *Digesto delle Disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 574 ss., p. 579: "È dunque evidente che approccio strutturale e approccio funzionale sono concorrenti, non alternativi: della disciplina del singolo procedimento l'indagine strutturale coglie gli elementi dell'insieme necessari per la produzione di un effetto giuridicamente valido, l'analisi funzionale cerca, attraverso di essi, di individuare gli interessi rilevanti all'esercizio del potere".

19. Sulla cui rilevanza giuridica si v., in termini generali, M.S. GIANNINI, voce *Pianificazione*, in *Enc. dir.*,

volta, rappresenta momento di determinazione, e quindi di programmazione, di ulteriori comportamenti a valle²⁰.

Il procedimento, riguardato alla luce di un problema di *disciplina dell'esercizio del potere*, non esprime a ben vedere esclusivamente la forma della funzione imprenditoriale, ma determina, nel suo stesso articolarsi in *momenti* distinti appunto, il *contenuto* dell'azione²¹.

Lo schema procedimentale, quale principio organizzativo di un'attività, è dunque un *metodo* idoneo a disciplinare, non solo la formazione delle decisioni, in senso *strutturale* quindi, ma la complessità stessa dell'agire nell'impresa rispondendo, allora in senso *funzionale*²², a un'esigenza di ponderazione e di motivazione²³ rafforzata delle stesse. Ed è questa altresì la tecnica più idonea, poiché strumento di *oggettivazione dell'agire*, e quindi di obbiettivazione delle decisioni in cui l'agire si sostanzia, a soddisfare l'istanza, tipica della società per azioni, di disciplinare uno strumento di investimento destinato a una pluralità di soggetti portatori di interessi fra loro potenzialmente diversi.

L'esigenza di oggettivazione²⁴ della decisione imprenditoriale, che consenta di verificare la corrispondenza della *programmazione* alle regole affinché possa essere efficacemente attuata, costituisce, a ben vedere, il fondamento stesso della disciplina dei controlli nella società azionaria²⁵: solo in tale tipo sociale il controllo assume, difatti, inderogabile

XXXIII, Milano, 1983, p. 629 ss.

20. P. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, cit., p. 124.

21. Questo passaggio è colto da R. VILLATA-G. SALA, voce *Procedimento amministrativo*, cit., p. 577: nell'osservare che "la disciplina del procedimento di esercizio del potere non sia in realtà mera forma, priva di riflessi sul risultato dello stesso, costituendo ogni meccanismo procedurale il riflesso formale di una esistente distribuzione fra più «oggetti di (posizioni giuridiche relative a) interessi diversi che devono ancora tra loro trovare un coordinamento e una compensazione»".

22. Intesa appunto come *funzione*, ovvero come "attività organizzata per il raggiungimento di un risultato". Cfr. ancora P. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, p. 125. Si v. con estrema chiarezza, quanto al procedimento amministrativo, R. VILLATA-G. SALA, voce *Procedimento amministrativo*, cit., p. 579: "alcune regole del procedimento si spiegano, come vedremo, in ragione della struttura del fenomeno (quale ad esempio quella dell'invalidazione derivata dall'illegittimità di un atto della serie procedimentale), altre in ragione della funzione (quale ad esempio il principio della necessità dell'istruttoria adeguata)". Sottolinea come la società per azioni sia un modello imprenditoriale caratterizzato da "profili di complessità": anche C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., pp. 368-369.

23. Cfr., per lo studio della motivazione rispetto ai provvedimenti amministrativi discrezionali, G. FAZIO, *Sindacabilità e motivazione degli atti amministrativi discrezionali*, Milano, 1966.

24. Tale è la valenza attribuita al controllo anche rispetto al provvedimento amministrativo da M.S. GIANINI, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, p. 1263 ss, p. 1265 ss.

25. La prospettiva che si intende valorizzare assume, se si vuole, una duplice valenza poiché la procedimentalizzazione dell'attività, attraverso la previsione di specifici momenti di controllo, è funzionale a legittimare il potere degli amministratori di società per azioni tipicamente aperte (anche solo in potenza) al mercato e, d'altra parte, a evidenziare al sindacato del giudice gli interessi coinvolti e la loro ponderazione. Tale impostazione trae spunto dalla riflessione maturata nel diritto amministrativo che collega l'obbligo di motivazione del provvedimento all'esigenza di legittimazione dell'esercizio del potere, per cui cfr., anche per i richiami bibliografici ivi contenuti, G. CORSO, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 774 ss., p. 776 e p. 778 e R. VILLATA-G. SALA, voce *Procedimento amministrativo*, cit., a p. 576. Questa valutazione del controllo,

formalizzazione attraverso la collocazione presso autonomi centri di imputazione dell'attività, e non esclusivamente affidato all'esercizio di poteri a carattere individuale o di minoranze, in funzione della *tutela* di interessi, come avviene nelle società a base personale e nella società a responsabilità limitata.

Da qui l'ulteriore considerazione che la scansione procedimentale dell'attività, alla quale si collega l'esigenza di formalizzare i momenti di controllo attraverso l'esercizio della funzione attribuita in modo permanente a distinti centri di imputazione, soddisfa esigenze che si manifestano esclusivamente in modelli di organizzazione dell'impresa in cui netta sia la separazione fra proprietà e controllo. Situazione questa in cui alla maggiore distanza dei soci dalla amministrazione²⁶ si accompagnano altrettanto forti istanze di contenimento della discrezionalità degli amministratori e di legittimazione del loro operato²⁷, senza che ne sia inutilmente compressa la necessaria propensione al rischio.

Può difatti osservarsi che, al contrario, nelle società a base personale e nella società a responsabilità limitata il controllo più spesso emerge, non come momento dell'azione, bensì come *diritto* in una dimensione, profondamente diversa, di conflitto fra le parti di un contratto e, nella specie, fra interessi contrapposti dei titolari degli interessi che vengono ad essere curati e di coloro ai quali la cura è affidata. Nella società a responsabilità limitata la disciplina della funzione gestoria, quando non direttamente esercitata dai soci, in ogni caso riflette l'affidamento da parte di questi della cura di interessi propri; affidamento, questo, che risponde a un *potere di programmazione*, riconducibile allo schema del mandato²⁸, che permane in questo tipo sociale in capo ai soci e che si esplicita, non a caso,

indirettamente idonea a incontrare le esigenze di altri soggetti che entrino in contatto con l'impresa, creditori e terzi in generale, non fa tuttavia del controllo una funzione di ordine pubblico. Cfr. per l'esatta ricostruzione dei termini della questione: G. FERRI, *I controlli interni nelle società per azioni (Relazione)*, in *I controlli interni ed esterni delle società per azioni*, Milano, 1972, e ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, p. 1197 ss., a p. 1198, ove l'osservazione che "Controllo interno è quello che la società esercita su se stessa nello svolgimento della sua attività, anche se a tal fine crea nella sua struttura organizzativa una differenziazione di organi e di competenze e affida normalmente i compiti di controllo a un organo apposito distinto da quello cui si riferisce l'atto o il comportamento o la situazione soggetta a controllo. Questa differenziazione di organi e di competenze, normale ed anzi necessaria nella società per azioni, non fa dell'organo di controllo un'entità estranea alla società". Ma si v. M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni*, cit., p. 4 ss., il quale nell'individuare nella funzione di controllo il ruolo di vigilanza contro gestioni "dissipatorie", indirizzata alla tutela di interessi diversi da quelli dei proprietari/mandanti e riferibili ai creditori e alle minoranze, così come di strumento di contrasto verso gestioni illegali, ne ricava la funzione di tutela degli interessi della comunità in generale (ivi, a p. 7).

26. Situazione questa sulla cui effettività, ove si sia in presenza di un azionista di controllo, è critico F. GUERRERA, «*Compitio* e responsabilità del socio di controllo», in *RDS*, 2009, p. 506 ss., il quale qualifica come "mito" l'esclusività della gestione degli amministratori.

27. Come già sottolineato, nel passaggio all'impresa complessa, da R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 313 ss.

28. Coglie con estrema chiarezza questo profilo A. LUMINOSO, *Il mandato*, Milano, 2007, pp. 89-90: "Il ruolo e il contenuto del mandato sono tali da assegnare a questo contratto il compito di programmare anche il (compimento) del negozio gestorio; di qui l'esistenza di un collegamento tra i due negozi. Collegamento tuttavia

nella possibilità che essi rispondano dell'operato degli amministratori qualora abbiano consentito o autorizzato il compimento di atti dannosi (art. 2479, comma 7, cod. civ.). A conferma della rilevanza del controllo rispetto all'attività nella società per azioni, là dove permangano poteri individuali di "controllo" da parte degli azionisti, questi possono incidere sul valore organizzativo delle delibere degli amministratori qualora esse siano lesive, non per la società, ma per i loro diritti, in una logica quindi esterna all'esercizio dell'impresa (art. 2388, comma 4, cod. civ.)²⁹.

Solo nel tipo azionario la disciplina formalizza la *separazione fra proprietà e controllo* e "affida", *ex lege*, agli amministratori la gestione *esclusiva* dell'impresa (art. 2380 – *bis*, comma 1, cod. civ.). Affidamento, questo, che non può ricostruirsi nei termini di un rapporto di mandato e della *cura* di interessi propri - rispetto al quale, si è detto, l'attribuzione del potere di gestione presuppone pur sempre la *programmazione* da parte del mandante i cui interessi debbono essere curati³⁰ – bensì come esercizio di una funzione in vista di un risultato diretto, comunque, a realizzare un interesse altrui. E, si aggiunge, il risultato che gli azionisti perseguono non è puntualizzato sull'esercizio dell'impresa, bensì sull'investimento di cui l'impresa è appunto lo strumento³¹.

La disposizione contenuta all'art. 2380-*bis*, comma 1, cod. civ. acquista quindi, nel regime della società per azioni, rilevanza centrale non solo per la precisazione, ormai ampiamente indagata³², del rapporto fra l'*organo* assembleare e quello amministrativo, ma

soltanto unilaterale, poiché il negozio gestorio non contiene invece alcun riferimento al mandato. Ciò significa che il collegamento può assumere rilevanza nei confronti del mandante o del mandatario (e rispettivi creditori) quali soggetti del rapporto di gestione, non anche – di regola – rispetto al terzo contraente (e suoi creditori o aventi causa)". Per la differente ricostruzione del potere di gestione nella s.r.l. e nella s.p.a. si v. C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis* e business judgment rule, in ID., *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, p. 279 ss., p. 284 ss.

29. Si v. in proposito V. PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, Torino, 2008, in specie p. 101 ss. e p. 187 ss.

30. Osserva, a tal proposito, C. ANGELICI, *Interesse sociale*, cit., p. 579, che i soci della società per azioni non possono imporre agli amministratori il soddisfacimento dei *propri* interessi. Per B. LIBONATI, *Il governo del consiglio di amministrazione di società per azioni*, in *Diritto, mercato ed etica dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, a cura di L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2010, pp. 371-414, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, pp. 3-48 e ora anche in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 473 ss., p. 479, l'impossibilità di individuare *a priori* il contenuto della gestione costringe alla procedimentalizzazione.

31. In questa linea ricostruttiva si v. in particolare M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa: profili ricostruttivi*, Milano, 2008, *passim*.

32. Cfr. per le diverse posizioni espresse dalla dottrina, anche in merito alla configurabilità di competenze assembleari implicite, B. LIBONATI, *Il governo del consiglio di amministrazione*, cit., p. 471 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., in specie p. 360 ss., il quale sottolinea come l'attribuzione di competenze implicite all'assemblea non possa essere strumentale alla tutela dei soci, poiché, rispetto alle decisioni assunte in sede assembleare, non vi è tutela se non in caso di illegittimità; G. GUIZZI, *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis c.c.*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, 2, Milano, 2014, p. 1043 ss.; G. FERRI jr., *Situazioni giuridiche soggettive e disciplina societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, II, p. 393 ss., p. 403; G.B. PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, p. 5 ss., p. 25 ss.; P. ABBADESSA, *La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.*:

si riflette in modo non meno decisivo, per quanto meno approfondito³³, sul ruolo della *funzione* di controllo in relazione alla *disciplina del potere* di programmazione, dalla quale derivano specifiche regole di *imputazione* della attività³⁴.

La separazione della funzione manageriale rispetto agli azionisti, strumentale alla raccolta del capitale di rischio, implica difatti il problema tradizionale di delimitare la discrezionalità dei gestori, e quindi di *oggettivarne* l'attività, e di disciplinare altrimenti quel *potere di programmazione* che si è detto spettare, nel rapporto di mandato, al mandante.

La funzione di controllo nella società azionaria pare doversi collocare in quest'area problematica. In un ambito, quindi, in cui l'estraneità degli azionisti rispetto alla gestione implica, per un verso, un problema di disciplina del potere di programmazione dell'attività e, per altro verso, l'esigenza di delimitare lo spazio di discrezionalità dei gestori attraverso la verifica di conformità alla (e di correttezza della) programmazione³⁵.

Questo tipo di impostazione consente di riconoscere nel controllo un'attività pur sempre *consecutiva*³⁶, che presuppone cioè l'essersi prodotta un'attività, ma che esplica i suoi *effetti*, in una prospettiva procedimentale, *ex ante*, nel senso cioè che il giudizio nel quale il controllo si appunta³⁷ è strumentale alla *decisione* sulla programmazione dell'attivi-

dal codice alla riforma, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 1 ss. e M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 336 ss.

33. Ma si v., nella linea qui proposta, l'osservazione a valenza generale, seppure, nello specifico, riferita al sistema dualistico, di P. MARCHETTI, *Controllo e gestione*, cit., p. 165, secondo il quale "Quando si invoca la separazione e l'autonomia della gestione, non la si invoca nei confronti dei controllori".

34. Sul profilo della imputazione nelle attività complesse si v. la riflessione della dottrina amministrativistica in F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss., a p. 131.

35. Per una visione sostanzialmente conforme a quella prospettata nel testo cfr. B. LIBONATI, *Conclusioni*, in *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., e ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 415 ss., a p. 417 (da cui si cita): "la tutela della minoranze non si deve confondere *tout court* con la partecipazione alla gestione di chi poco ha investito, ma con l'equilibrio dei controlli, perché è proprio nella dinamica dei controlli che chi non interviene nella gestione può verificare che non si commettano abusi (così prevenendo l'azione scorretta dei gestori o, peggio, della maggioranza) ma si persegue l'interesse comune di tutti, il che si traduce poi nella conduzione profittevole della impresa nell'oggetto e nella dimensione voluti dai soci" e, sul tema degli strumenti di controllo da parte delle minoranze, si v. P. MONTALENTI, *Tutela delle minoranze, interesse sociale e sistemi di controllo*, in *RDS*, 2015, p. 507 ss.

36. Seppure vi sia una prevalente opinione in dottrina volta a riconoscere valenza *ex ante* del controllo, ove collocato all'interno dell'organo amministrativo, ed *ex post* se ricondotto alla funzione del collegio sindacale: cfr. P. MARCHETTI, *Controllo e gestione*, cit., p. 158. Per la funzione concorrente, e non solo sussidiaria, del controllo anche del collegio sindacale si v. N. ABRIANI, *Verso una riforma*, cit., p. 101e, più in generale, sul relativo dibattito si v. P. SFAMENI, *Commento sub art. 2403*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, p. 1548 ss., p. 1565.

37. Cfr. M.S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, cit., p. 1278; G. FERRI, *I controlli interni nelle società per azioni*, cit., p. 1198, con riferimento al collegio sindacale nel regime ante riforma, "nell'attività di controllo, essendo implicito un riesame e un giudizio, il controllo presuppone ontologicamente un precedente comportamento positivo o negativo o una precedente attività sulla quale il controllo deve esercitarsi, sì che l'attività di controllo è pur sempre un'attività sussidiaria e, come si dice, consecutiva; d'altro lato, nel fatto che l'atto in cui si concretano i risultati del giudizio logico è giuridicamente rilevante in quanto incide o sulla efficacia giuridica dell'attività

tà e in tal senso *concorre*, quale funzione anch'essa *amministrativa*, a disciplinarne le condizioni di esercizio³⁸. I momenti dell'agire imprenditoriale, seppure collocati presso centri di imputazione *distinti*, in base al principio di divisione dei poteri che li vuole fra loro equiordinati³⁹, concorrono difatti tutti, per gli aspetti di competenza, all'unico obiettivo dell'attuazione dell'oggetto sociale⁴⁰.

A differenza di quanto da più parti si afferma, in particolare nel confronto fra i sistemi alternativi di amministrazione e controllo⁴¹, la funzione di vigilanza svolge quindi *sempre* il ruolo di *strumento di indirizzo* dell'attività, ma non perché ad essa sia ascritto un "autonomo" potere di direzione⁴² e, per conseguenza, imputabile una corrispondente responsabilità, bensì perché l'influenza che essa può realizzare deriva dall'essere calata nel procedimento e dall'esplicare i suoi effetti sull'attività. La prospettiva della complessità che deriva dal guardare all'agire imprenditoriale come sequenza di momenti implica, cioè, che il giudizio che deriva dal controllo sia destinato a *confluire* nella decisione imprenditoriale e ne divenga il motivo o uno dei motivi⁴³.

controllata o sulla competenza o sulla persona e sulla sua posizione organica".

38. Nella medesima prospettiva si v. B. LIBONATI, *Amministrazione e controllo*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2004, pp. 256-264, e ora in *ID.*, *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 353 ss., p. 357 ss., il quale afferma che il compito dei sindaci è ormai simile a quello di un *manager*.

39. Cfr. G. FERRI, *I controlli interni*, cit., p. 1199, secondo il quale "gli organi sono tutti ugualmente essenziali e quindi ugualmente necessari in quanto trovano la loro base nelle caratteristiche della struttura organizzativa, improntata al principio di divisione dei poteri".

40. In tal senso P. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione*, cit., p. 126.

41. In particolare M. LIBERTINI, *La funzione di controllo*, cit., p. 14 ss., e già *ID.*, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Spunti per un corso di diritto commerciale*, in *RDS*, 2008, p. 198 ss., p. 223 e S. FORTUNATO, *Il «sistema dei controlli»*, cit., p. 264, che ravvisano la diversità del sistema tradizionale quanto alla funzione del collegio sindacale, considerandola "esterna" alla funzione amministrativa.

42. In questo senso parrebbe porsi invece M. LIBERTINI, *Funzione di controllo*, cit., p. 3, che segnala il passaggio dal controllo puro all'attività di "indirizzo e controllo" tipico della teoria dell'organizzazione. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, II ed., Milano, 1988, p. 308, specifica che la "direzione" è "quel rapporto in cui l'autorità sovraordinata non ha potere di ordine, ma potere di direttiva e potere di controllo", mentre nelle ipotesi di equiordinazione dei poteri si hanno rapporti procedurali.

43. Così, rispetto al controllo procedimentale nel diritto amministrativo, M. S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, cit., p. 1274. Si v., rispetto al tema dei controlli interni, G. RACUGNO, *I controlli interni*, cit., p. 42, per il quale è "necessario distinguere il soggetto che autorizza l'effettuazione di un'operazione, colui che la contabilizza, chi la segue operativamente e, infine, chi la controlla, di guisa da rendere documentate e verificabili le varie fasi del processo decisionale al fine di poter risalire alla motivazione che ha guidato la decisione; e, soprattutto, che i processi operativi siano definiti prevedendo un adeguato supporto documentale per consentire che essi siano sempre verificabili in termini di congruità, coerenza e responsabilità, affinché le decisioni e le scelte siano sempre tracciabili in termini di caratteristiche e motivazioni e siano sempre individuabili coloro che hanno autorizzato, effettuato e verificato le singole attività". L'impostazione qui prospettata in ordine alla ricostruzione del ruolo dei controlli nell'impresa azionaria fa ricorso alla teorizzazione più affinata del diritto amministrativo. Per una approfondita riflessione sulla "convivenza" fra diritto amministrativo e diritto commerciale, si v. M. LIBERTINI, *Diritto amministrativo e diritto commerciale*, cit., pp. 222 ss., ove il richiamo alla posizione sull'eccesso di potere nel pensiero di G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1934, p. 723 ss. e alla

Il procedimento di cui si tratta si specifica allora nella società per azioni come particolare *disciplina dell'esercizio dell'attività decisoria*⁴⁴, rispetto al quale il controllo non è affatto estraneo⁴⁵. La diversa portata dei controlli, a seconda della loro collocazione *rispetto al* procedimento decisionale, costituisce a ben vedere la manifestazione più evidente dell'impossibilità di considerare l'interesse sociale come dato preliminarmente posto dai soci e *affidato* alla attuazione degli amministratori⁴⁶, come è proprio dei modelli imprenditoriali non destinati alla raccolta del capitale di rischio. Il ruolo dei controlli nella società azionaria si coglie rispetto a un procedimento, la cui definizione è sì attribuita in via esclusiva agli amministratori (art. 2380 – *bis*, comma 1, cod. civ.), ma rispetto al quale essi forniscono le *condizioni* e i *parametri* strumentali a potere, oltre che definire, anche *ricostruire* l'interesse perseguito. L'ottica che intende cogliere il ruolo dei controlli nella disciplina dell'esercizio del potere è dunque essenzialmente diversa da quella che ricostruisce i controlli nei termini di "tutela"⁴⁷, come tale riferibile a posizioni, seppure in senso lato individuali, e perciò stesso contrapposte ed esterne al fenomeno imprenditoriale. Non è indifferente a tal proposito che la moltiplicazione dei momenti di controllo in particolari tipi di impresa, ad esempio quella bancaria, nel conformare in termini ancora più articolati il procedimento, sia funzionale a far confluire nella motivazione della decisione gestoria interessi *ulteriori* a quelli dei soci⁴⁸. Anche a tal riguardo è dunque necessario un

sua successiva evoluzione.

44. E difatti l'attività degli amministratori consiste essenzialmente nel decidere, attraverso deliberazioni che hanno valore organizzativo in quanto, ove attuate, incidono sull'agire a valle: P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio d'impresa*, cit., p. 240.

45. Sottolinea M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 131, che "La «fase decisoria» è il complesso degli atti che si richiedono tra il momento logico in cui finisce l'istruttoria e quello in cui il provvedimento è adottato" e, per analoga impostazione, P. FERRO-LUZZI, *La conformità*, cit., pp. 42-44.

46. Per cui si v. C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, p. 573 ss., a p. 576, il quale distingue il potere di decidere l'interesse sociale, attraverso il metodo assembleare, dal ruolo degli amministratori "I quali, in ogni caso, operano per il perseguimento dell'interesse altrui; e ai quali, perciò, non può ritenersi affidato il compito di decidere quale debba essere l'«interesse sociale», ma semmai di *ricercarlo*. Da ciò il problema, quello credo centrale ai nostri fini, di individuare (non tanto un «interesse», quanto) una regola sulla cui base possa venire svolta tale ricerca...".

47. Secondo quella che pare essere l'impostazione seguita da M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riguardo ai cd. sistemi alternativi*, cit., p. 3 ss., il quale antepone la classificazione delle funzioni di controllo in base agli interessi perseguiti. Nella prospettiva del procedimento emerge invece come il controllo non possa ritenersi momento a se stante, volto alla tutela di interessi individuali definiti *a priori* – quali quelli che rilevano rispetto ai controlli "esterno" o al "diritto" di controllo –, bensì calato nella produzione dell'attività.

48. Cfr. M. STELLA RICHTER jr, *A proposito di bank government, corporate governance e Single Supervisory Mechanism governance*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 2016, p. 772 ss. e G. GUIZZI, *Interesse sociale e governance bancaria*, ivi, p. 787 ss.; più in generale, sulla possibile estensione delle regole di *governance* delle società bancarie A. MIRONE, *Temi e problemi di governo societario delle banche*, in *Rivista OdC*, 2017, p. 10; ID., *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Banca impresa società*, 2017, p. 33 ss., in specie p. 40 ss. e, rispetto ai controlli, p. 74 ss.; G.B. PORTALE, *La corporate governance delle s.p.a. bancarie*, in *Riv. soc.*,

cambio di prospettiva: partendo dal considerare che il procedimento è il *metodo* attraverso il quale si disciplina l'agire imprenditoriale nelle società per azioni, i procedimenti stessi possono non coincidere così come il ruolo che le diverse funzioni rivestono rispetto alla produzione dell'azione.

Inizia allora a delinearsi che il controllo, quale funzione dell'impresa azionaria, possa rilevare nella complessità dell'agire come *momento* al tempo stesso *operativo* e *organizzativo*: per un verso è essenziale al fine di verificare la corretta attuazione della decisione e quindi per valutarne in termini operativi, quale *momento* appunto, l'efficacia; per altro verso l'esito di quella valutazione è a sua volta *funzionale* a modificare la programmazione e, quindi, le regole di esercizio dell'attività. Ne segue che, se da un lato anche la relativa funzione è *oggetto di organizzazione*, ovvero di programmazione, dall'altro la programmazione stessa è, a sua volta, *oggetto di controllo* al fine di organizzare in modo più efficace l'attività⁴⁹.

Il controllo nella società per azioni si presenta dunque come momento strumentale che *concorre* al raggiungimento del risultato cui l'impresa è funzionalizzata⁵⁰: le fasi attraverso le quali si articola il procedimento, seppure fra loro autonome, sono difatti a loro volta *programmate* per esplicitare i loro *effetti* sulla decisione imprenditoriale.

A conferma della rilevanza del controllo rispetto alla *fase decisoria dell'attività*, il regime della responsabilità derivante dall'esercizio della funzione, a qualsiasi livello collocata, sia cioè che riguardi il collegio sindacale, gli amministratori non esecutivi, o il consiglio di sorveglianza (artt. 2407, comma 2; 2392, comma 2; 2409-*terdecies*, cod. civ.), sottolinea che l'obbligazione risarcitoria sorge in conseguenza di una *decisione*, esclusivamente imputabile agli amministratori⁵¹, rispetto alla quale il controllo emerge come fatto connotato da doverosità, che rileva ai fini risarcitori non per l'*effetto* che è idoneo a produrre, bensì per la sua stessa *attivazione*, che concorre, nella prospettiva qui delineata, alla programmazione della decisione imprenditoriale. Se, allora, dovesse rintracciarsi un criterio discrezionale fra

2016, p. 48 ss. Cfr. anche A. M. LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, p. 317 ss.

49. V. P. MARCHETTI, *Controllo e gestione*, cit., p. 156 e M. STELLA RICHTER jr, *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione*, cit., p. 664 ss., secondo il quale devono tenersi distinti due momenti, quello della fissazione della regola, del parametro, e quello del controllo inteso come verifica di regolarità di una funzione. Per questa accezione del controllo cfr. M.S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, cit., p. 1263.

50. La sua valenza si esprime nell'essere *parte del procedimento* attraverso il quale si esplica l'attività funzionalizzata dell'impresa. Per la individuazione del controllo come "momento giuridico di un procedimento" si v. M.S. GIANNINI, *Controllo*, cit., p. 1274: "Il controllo non è atto a sé stante, ma è finalizzato al provvedimento, nel senso che il giudizio in cui il controllo risulta confluisce nel provvedimento medesimo, di cui diviene motivo (uno dei motivi, o il solo motivo, a seconda della fattispecie concreta: il numero però non ha propria rilevanza dogmatica)".

51. Sottolinea P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo*, in *AGE*, 2007, p. 231 ss., a p. 241, che il "potere di agire" debba distinguersi rispetto agli altri poteri nel suo contenuto, ovvero nelle sue modalità di esercizio, come decidere, deliberare.

amministrazione e controllo⁵², questo dovrebbe collocarsi, in linea assai generale, nell'essere la funzione di controllo quella parte dell'agire nell'impresa la cui legittimità non è sindacabile in termini di *scelta*, bensì in quelli di *adempimento di un dovere*⁵³.

Un punto di osservazione privilegiato per verificare le precedenti considerazioni è sicuramente la disciplina dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo della società

52. Sul quale si interroga S. FORTUNATO, *Il «sistema dei controlli»*, cit., p. 255.

53. Secondo l'impostazione seguita da R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, cit., p. 166, il quale distingue fra condotte in cui prevale la considerazione del comportamento considerato in sé e per sé e situazioni in cui al contrario è decisivo il conseguimento dello scopo. Il problema della qualificazione del controllo in termini di adempimento di un dovere, ovvero di scelta discrezionale, non è affatto pacifico in dottrina: si v. A. TINA, *Commento sub art. 2407*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, cit., p. 1700 ss., p. 1711-1716, il quale, partendo dall'assunto che al collegio sindacale spetti anche il controllo sulla opportunità della scelta gestoria, fondato sulla circostanza che il controllo dei sindaci è strumentale a quello dei soci, il quale appunto si atteggia nei termini di controllo sul merito, afferma che "chiarito che il controllo di legalità dei sindaci deve ritenersi funzionale all'esercizio anche di quelle prerogative previste dall'art. 2383, co. 3 c.c., se il mancato controllo sul merito delle scelte degli amministratori non può, *in thesi*, determinare una responsabilità dei sindaci per mancanza del presupposto necessario di una responsabilità degli stessi amministratori – ma sotto tale profilo si apre, in realtà, la più generale questione se la tutela della *business judgment rule* trovi applicazione anche ai doveri di monitoraggio e controllo – potrebbe, tuttavia, dare luogo – – ad una possibile revoca (per giusta causa) dei sindaci". L'Autore riferisce la posizione espressa da Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, anche se la sentenza parrebbe sottolineare unicamente che la responsabilità del collegio sindacale non può configurarsi in mancanza di responsabilità degli amministratori, quest'ultima insussistente per insindacabilità del merito gestorio, e non anche che la *business judgment rule* si applichi ai doveri dell'organo di controllo. Cfr. sul punto N. ABRIANI, *Il ruolo del collegio sindacale*, cit., pp. 355-356, il quale attribuisce all'organo di controllo un'attività collaborativa idonea "a mantenere nei binari l'operato dei gestori" e a reindirizzare le scelte. Per una maggiore articolazione del tema si v. P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., pp. 50-51, ove l'Autore distingue, più in generale, il piano del controllo di merito, questo solo assistito dalla *business judgment rule*, da quello del controllo di legalità e del controllo di correttezza, e, per una visione parzialmente diversa, S. FORTUNATO, *Il «sistema dei controlli»*, cit., pp. 256-257. Precisa invece C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit., p. 401 ss. come la *business judgment rule* sia problema esclusivamente riferibile agli amministratori. Conformi G. STRAMPELLI, *Sistemi di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, Milano, 2013, p. 49, p. 291, il quale estende l'inapplicabilità della *rule* al caso di inadempimento al dovere di *monitoring* degli amministratori; D. REGOLI, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in *RDS*, 2014, p. 370 ss., p. 386. Si v. anche R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 377 ss., p. 384 e ID., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 304 ss., 308 ss. Rilevava già G. CAVALLI, *I sindaci*, nel *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 5, Torino, 1988, p. 101, che se il controllo del collegio sindacale non ha portata coercitiva nei confronti degli amministratori, tuttavia consente di valutare in termini più rigorosi l'eventuale responsabilità degli amministratori. Può essere significativo verificare come, anche nel diritto amministrativo si pongano su piani distinti l'esigenza di soddisfazione dell'interesse (in questo caso pubblico) e la misura nella quale l'interesse stesso può essere soddisfatto: v. G. FAZIO, *Sindacabilità e motivazione*, cit., p. 17, secondo il quale "la doverosità dell'attività amministrativa non può esaurirsi nell'esercizio del corrispondente potere, implicando qualcosa di ben più caratteristico e penetrante che consiste nella migliore soddisfazione dell'interesse affidato alle cure dell'Amministrazione. Tale affermazione comporta due valutazioni, una relativa all'esigenza della soddisfazione dell'interesse pubblico che investe il profilo di legittimità del comportamento e l'altra quello del grado o dell'intensità della soddisfazione di tale interesse che investe il merito del procedimento".

per azioni. Al contrario da quanto da più parti affermato⁵⁴, l'equivalenza dei sistemi si ricava difatti, non all'esito di una comparazione con un modello astratto considerato più efficace degli altri, bensì in conseguenza della verifica della collocazione dei momenti di controllo in serie procedurali diverse, che individuano *discipline alternative dell'esercizio dell'attività decisoria*⁵⁵.

Centrale, rispetto all'analisi della funzione di controllo nei sistemi alternativi, è proprio il principio sancito all'art. 2380-*bis*, comma 1, cod. civ. Questo profilo tipizzante il modello imprenditoriale della società azionaria, nel formalizzare in ciascun sistema di amministrazione l'esclusività della funzione gestoria e dell'*imputazione* della decisione imprenditoriale, deve tuttavia essere colto alla luce di diverse *discipline dell'esercizio del potere* che, a ben vedere, si caratterizzano per qualificare in senso alternativo proprio la funzione di controllo⁵⁶.

2. Nel sistema tradizionale di amministrazione e controllo l'esclusività della attribuzione agli amministratori della gestione assume una specifica portata, vuoi perché il principio si precisa nella formalizzazione delle competenze e delle conseguenti responsabilità in caso di ripartizione delle funzioni (artt. 2381 e 2392 cod. civ.), vuoi per la permanenza di uno specifico potere di programmazione e controllo in capo all'assemblea.

Questo tipo di disciplina dell'esercizio del potere si riflette sulla rilevanza della funzione di controllo nel sistema tradizionale nella duplice prospettiva della esigenza di delimitazione della discrezionalità degli amministratori, ove ad esempio la funzione venga formalizzata nel procedimento decisionale secondo la scansione precisata all'art. 2381,

54. Ad es. M. LIBERTINI, *La funzione di controllo*, cit., *passim*, imposta l'indagine sulla funzione di controllo nei sistemi alternativi a partire dalla definizione delle diverse possibili finalità del controllo. In senso critico in ordine alla attenuazione dei poteri di controllo rispetto al collegio sindacale da più parti rilevata, si v. invece V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 550 ss.; P. ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Torino, 2009, p. 1 ss., p. 4 ss.; G. OLIVIERI, *Appunti sui sistemi di controllo nelle società per azioni "chiuse"*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da P. Benazzo-M. Cera-S. Patriarca, cit., p. 517 ss., p. 522 ss. Al contrario, per la valorizzazione della efficacia dei controlli nel sistema dualistico, si v. P. MARCHETTI, *Controllo e gestione*, cit., 159 ss. e, per le minori criticità dei sistemi alternativi proprio rispetto ai controlli, cfr. G. PRESTI, *Di cosa parliamo*, cit., p. 146, secondo il quale, mentre il collegio sindacale "vigila per riferire", il consiglio di sorveglianza "vigila per agire" e il comitato di controllo interno "vigila per consigliare".

55. L'ulteriore profilo che, al di là dell'oggetto e delle finalità dei controlli deve essere studiato attiene difatti al momento, ovvero alla collocazione nel procedimento, rispondendo alla domanda non solo chi, cosa, perché controlla, ma soprattutto *quando* si controlla. Ecco perché in questa logica può trovare risposta e sistematizzazione la pluralità dei controlli che talora sembrerebbero sovrapporsi, al fine di distinguere le rispettive responsabilità.

56. Ne costituisce espressa conferma il sistema dualistico, nel quale il potere di amministrazione, ripartito su due organi, implica che anche i controlli operino a un duplice livello, secondo quindi una più complessa articolazione. In questo senso P. MARCHETTI, *Controllo e gestione*, cit., p. 160. Definisce tale modello un sistema dualistico "di amministrazione" P. MONTALENTI, *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 689 ss., p. 694.

commi 3 e 5, cod. civ., e della strumentalità dei controlli rispetto alla organizzazione dell'attività, qualora la vigilanza si collochi a valle del procedimento in parola. Nel primo caso la procedimentalizzazione della decisione attraverso la previsione di momenti di controllo, consente di ricostruire, in sede di sindacato giudiziale, l'iter logico, e quindi la motivazione, della decisione, talora comportando anche un dovere di formalizzazione della motivazione⁵⁷. Nella seconda ipotesi la motivazione della decisione imprenditoriale si ricava, induttivamente, dalla verifica della conformità dell'esercizio delle funzioni, rispettivamente, di amministrazione e controllo⁵⁸.

Con riguardo al sistema tradizionale, è poi preliminare considerare che l'assemblea mantiene uno specifico *potere di programmazione*⁵⁹, che si esprime nella nomina degli amministratori e nella autorizzazione al conferimento delle deleghe, e di *controllo* per un verso "sulle persone" dei gestori, attraverso l'esercizio *insindacabile* del potere di revoca⁶⁰, e per altro verso "sull'attività", con il potere di approvazione del progetto di bilancio, che costituisce vero e proprio profilo di controllo di merito⁶¹.

Significativo è a questo proposito che al potere dell'assemblea di nominare i componenti il collegio sindacale non corrisponda un altrettanto insindacabile potere di revoca, potendo questo ricorrere solo in presenza di una giusta causa e dell'approvazione del tribunale. Quest'ultimo aspetto vale pertanto a sottrarre al potere programmatico dell'assemblea l'organo di controllo e, conseguentemente, a connotarne la posizione rispetto all'assetto di poteri proprio del sistema tradizionale. La disciplina della revoca dei sindaci, peculiare rispetto al corrispondente regime riferito ai componenti gli organi di controllo nei sistemi dualistico e monistico, così come agli amministratori che esercitano funzioni di controllo, costituisce un tratto caratterizzante del sistema tradizionale. La stabili-

57. Per cui si v. G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, cit., *passim* e p. 29.

58. Cfr., nel diritto amministrativo, M. S. GIANNINI, voce *Motivazione*, cit., p. 266: "si sposta l'accento dell'indagine giudiziale: al giudice non interessa più sapere che cosa l'amministrazione ha esternato, in particolare quali motivi ha esternato e come; interessa sapere che cosa, con il provvedimento adottato, ha voluto e compiuto e, per saperlo, ripercorre l'intero procedimento in quanto dimostrativo della genesi del provvedimento" e F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. di diritto pubblico*, 1950, I, p. 1 ss., p. 24 ss.

59. Osserva in proposito B. LIBONATI, *Noterelle*, cit., p. 433, che l'assemblea gode nel sistema tradizionale di poteri di amministrazione della società.

60. V. G. FERRI, *I controlli interni nelle società per azioni*, cit., p. 1199, per il quale il rapporto di derivazione degli amministratori dall'assemblea fonda il potere di revoca come forma di controllo non sull'organo, ma sulle persone e che, in base al principio di divisione dei poteri, l'assemblea non può sindacare gli atti amministrativi né sostituirsi agli amministratori: "rispetto agli amministratori il controllo non è sulla legittimità del loro operato; il controllo è più ampio e riguarda l'utilità dell'operato degli amministratori; la revoca può essere cioè il risultato di un giudizio di convenienza o di mera opportunità". Esclude, invece, che l'assemblea abbia compiti di controllo, bensì esclusivamente di amministrazione, B. LIBONATI, *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione della società per azioni*, cit., p. 433.

61. In questi termini P. FERRO-LUZZI, *La conformità*, cit., p. 98, che precisa la rilevanza della delibera di approvazione del bilancio come atto interno a rilevanza organizzativa. Ribadisce che il controllo di merito è di esclusiva competenza dei soci P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., p. 50.

tà dell'ufficio dei sindaci⁶², non a caso rafforzata anche dalla previsione di componenti supplenti, si risolve nel garantire il corretto esercizio del potere di programmazione che permane in capo all'organo assembleare e l'operatività stessa della specifica disciplina di esercizio dell'attività decisoria. E difatti, a titolo esemplificativo, in difetto di responsabilità deliberativa dei soci⁶³, la decisione assembleare che, per ipotesi, sia in contrasto con il giudizio di non conformità espresso dal collegio sindacale o che non abbia fatto confluire tale giudizio nel suo percorso motivazionale è suscettibile, all'esito del controllo sulla motivazione o del procedimento, di essere sanzionata con l'invalidità in sede giudiziale⁶⁴.

Il mantenimento della funzione di programmazione in capo all'assemblea, proprio del sistema tradizionale, caratterizza in senso *conoscitivo e propositivo*⁶⁵ il momento del controllo *sull'attività* riferito al collegio sindacale. Tanto emerge con specifica evidenza nel regime delle società quotate all'art. 153 T.U.F. in cui si prevede che il collegio sindacale abbia il potere di convocare l'assemblea anche al di là delle ipotesi indicate agli artt. 2406 e 2408 c.c.⁶⁶. Tale ruolo si esplicita, più in generale, all'esito di un procedimento che si conclude con un *giudizio* nell'ambito della relazione annuale e con un potere di *proposta* all'assemblea in ordine al bilancio e alla sua approvazione. Lo stesso potere del collegio sindacale di convocare l'assemblea, nelle ipotesi descritte agli artt. 2406 e 2408 cod. civ., implica l'esercizio di un'attività di vigilanza che alla verifica di conformità unisca la valutazione, e quindi il *parere*, sulla rilevanza dei fatti censurabili emersi e sulla urgenza e necessità di provvedere con le modalità formalizzate dalla disciplina richiamata⁶⁷.

62. Che trova origine nella valenza pubblicistica del controllo, per cui C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, *Le società commerciali*, Milano, 1929, p. 281.

63. Sui più complessi termini della questione si rinvia a F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004.

64. Sul tema della revoca dei componenti il comitato per il controllo sulla gestione, amministratori che svolgono funzioni di controllo e consiglieri di sorveglianza componenti il comitato controllo e rischi si v. M. STELLA RICHTER JR, *Divagazioni su alcuni orientamenti notarili in tema di sistema monistico e revoca dei componenti del comitato per il controllo*, in *Riv. not.*, p. 1070 ss., p. 1072, il quale sottolinea che la stabilità, più in generale, degli uffici di controllo si lega al ruolo "dialettico" degli stessi e pertanto rende opportuna la motivazione della decisione, come mezzo di controllo del corretto esercizio del potere; N. ABRIANI, *Verso una riforma*, p. 109, propone in proposito la previsione statutaria della irrevocabilità senza giusta causa dei componenti il comitato per il controllo sulla gestione, se rappresentanti una minoranza del consiglio.

65. Cfr., seppure prima della riforma del 2003, P. FERRO-LUZZI, *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel T.U. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, p. 38 ss., p. 46, p. 52, il quale sottolinea che il collegio sindacale è organo di sorveglianza "collaborativa"; dopo la riforma L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo della s.p.a. nei diversi sistemi di governance*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 56 ss., p. 62 e S. FORTUNATO, *op. cit.*, p. 265. Di contrario avviso, M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni*, cit., p. 3.

66. Cfr. R. ALESSI, *Il rapporto dialettico tra collegio sindacale e soci*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di R. Alessi, N. Abriani e U. Morera, Milano, 2007, p. 5 ss., p. 29 ss.

67. Per cui cfr. M. LIBERTINI, *Commento sub art. 2408*, nel *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, a cura di F. d'Alessandro, vol. II, t. 2, Padova, 2010, p. 267.

Il giudizio reso dal collegio sindacale è destinato a *confluire* nell'attività, quale momento *operativo*, ad esempio attraverso la decisione dei soci in ordine alla eventuale mancata approvazione del bilancio⁶⁸, alla revoca degli amministratori, così come alle decisioni conseguenti alla denuncia di fatti censurabili. Nelle ipotesi ora richiamate è altresì ragionevole che la deliberazione dei soci sia *formalmente* motivata, non solo al fine di indirizzare l'attività conseguente o, piuttosto, nel caso della revoca degli amministratori, al fine di escludere la responsabilità risarcitoria della società, ma anche quale strumento di controllo del corretto esercizio del potere, sanzionabile attraverso l'invalidità della deliberazione⁶⁹.

La peculiarità della *posizione* dell'organo di controllo nel sistema tradizionale è in definitiva data dal fatto che la decisione idonea a incidere sull'organizzazione è rimessa all'assemblea e, dunque, *l'efficacia* del controllo "dipende" dal funzionamento dell'assemblea.⁷⁰

Questo tipo di assetto del controllo, la cui operatività è dunque condizionata da quella dell'organo assembleare⁷¹, unitamente alla considerazione dell'accentramento della funzione gestoria nel consiglio di amministrazione (art. 2380 *-bis*, comma 1, cod. civ.), sono gli argomenti posti alla base del rafforzamento, e conseguente diverso posizionamento, della vigilanza rispetto all'attività dell'organo amministrativo. Ciò, in particolare, avviene attraverso una più efficace attività conoscitiva, la quale pur sempre si indirizza all'esercizio di un potere di organizzazione da parte dell'assemblea, ma che, collocandosi nello svolgimento della *fase decisoria* dell'attività, finisce per assumere una diversa valenza⁷². Ne costituisce espressa conferma la *formalizzazione* del *dovere* dei componenti il collegio sindacale, a pena di decadenza dall'incarico, di assistere alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo.

68. Il parere del collegio sindacale è momento essenziale del procedimento di approvazione del bilancio, secondo M. LIBERTINI, *Commento sub art. 2403*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, cit., p. 239 ss., a p. 243.

69. Cfr. in tal senso, e più in generale, M. STELLA RICHTER jr, *Divagazioni*, cit., pp. 1075-1076; G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, cit., p. 741, il quale individuava l'eccesso di potere nel vizio del processo formativo della volontà.

70. Così S. FORTUNATO, *op. cit.*, p. 265, ove il riferimento alle maggiori potenzialità di convocazione dell'assemblea e del potere propositivo nelle società quotate, seppure il potere di proposta non alteri la responsabilità esclusiva degli amministratori; cfr. anche G. FERRI, *I controlli interni*, cit., p. 1204.

71. Per P. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione*, cit., p. 132, organo intermittente; mentre per la constatazione della concentrazione della funzione di controllo nel consiglio di amministrazione M. STELLA RICHTER jr, *I comitati interni all'organo amministrativo*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 260 ss., p. 264, il quale da tale circostanza ricava la conseguenza della pluripersonalità dell'organo amministrativo.

72. Di contrario avviso M. LIBERTINI, *La funzione di controllo*, cit., pp. 15-16, per il quale la funzione di controllo del collegio sindacale deve essere considerata "puramente censoria, senza compiti di carattere consultivo e tanto meno di indirizzo". La critica alla tendenza della dottrina a ravvisare un ruolo proattivo al collegio sindacale si attesta anche sulla constatazione che solo i sindaci possono avvalersi di dipendenti e ausiliari, facoltà questa che, estranea agli organi di controllo degli altri due sistemi, caratterizza in senso prettamente tecnico e censorio la funzione del collegio sindacale. Segnala, al contrario, che l'obbligo di assistere alle riunioni del comitato esecutivo è la più importante novità della riforma della disciplina, S. AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 3, Torino, 2006, p. 29 ss., p. 31.

La collocazione del controllo nelle riunioni del consiglio di amministrazione, ritenuta, non a caso, fra le ipotesi non delegabili dai sindaci a propri ausiliari⁷³, deve essere esaminata alla luce del procedimento attraverso il quale si articola l'attività. In questo senso può leggersi, come già sopra rilevato, anche la disciplina della responsabilità concorrente con gli amministratori (art. 2407, comma 2, cod. civ.), la quale acquista, per effetto della precisazione dei doveri individuali dei sindaci, una specifica valenza, che è quella di attribuire al *fatto* del controllo rilevanza giuridica rispetto alla fase decisoria e, perciò stesso, di circostanziare e conseguentemente definire le prerogative del collegio sindacale a fronte della loro (mutata) posizione nel procedimento.

Può difatti ritenersi che la responsabilità concorrente del collegio sindacale reagisca sullo stesso modo di intendere la funzione conoscitiva derivante dal dovere di assistere ai consigli di amministrazione e persino al comitato esecutivo. Ed è quindi possibile considerare, su questa base, che il dovere dei sindaci di assistere alle riunioni valga non solo, come è anche rispetto all'assemblea, a consentire di verificare la conformità della decisione alla legge e all'atto costitutivo ai fini dell'esercizio del potere di impugnazione, bensì a *formalizzare* il dovere di vigilanza, e dunque la formulazione di un giudizio, nel *momento* della decisione consiliare.

Questo tipo di impostazione ha molteplici conseguenze.

Innanzitutto acquista specifica rilevanza la struttura procedimentale dei flussi informativi, che, in modelli imprenditoriali complessi, sono indiretti non solo rispetto al consiglio di amministrazione, ma anche rispetto al collegio sindacale⁷⁴. L'attività di ispezione e di controllo, consentita individualmente ai componenti il collegio, rileva come *potere* da esercitarsi dai sindaci secondo la loro specifica valutazione, o come vero e proprio *dovere*⁷⁵ in mancanza di un efficiente funzionamento dei processi informativi, sui quali l'organo è tenuto a vigilare. Altrettanto è a dirsi del *dovere*, stavolta collegiale, di chiedere informazioni agli amministratori sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari anche in sede di riunione del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo⁷⁶, con espliciti riflessi sul rafforzamento dell'istruttoria funzionale

73. Per cui si v. espressamente M. STELLA RICHTER jr, *Partecipare, intervenire e assistere alle adunanze degli organi collegiali delle società azionarie*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 892 ss., p. 904.

74. Si v. in proposito G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 3, Torino, 2006, p. 5 ss., p. 18 ss.

75. La distinzione fra poteri e doveri con riferimento al collegio sindacale è criticata da G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 3, Torino, 2006, p. 55 ss., pp. 56-57, il quale sottolinea che in taluni casi spetta ai sindaci il compito di valutare con quale modalità e tempistiche porre in essere la condotta doverosa. In ordine alle modalità di adempimento del dovere di vigilanza e della legittimità del controllo sintetico si v. da ultimo P. SFAMENI, *op. cit.*, 1581 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

76. Sostiene il dovere di informativa del presidente del consiglio di amministrazione anche nei confronti dei sindaci G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano,

ad apportare gli interessi che debbono essere ponderati dal consiglio di amministrazione con metodo collegiale.

I sindaci che assistono alla discussione, pur essendo privi del diritto di voto e quindi privi del potere di decidere⁷⁷, partecipano, come è stato da più parti sottolineato, alla *fase decisoria* dell'attività⁷⁸. Il ruolo del controllo è, a quest'ultimo riguardo, non di sostituirsi, ma quello di *apportare*, all'esito della vigilanza sull'attività, *le condizioni*⁷⁹, i *principi*⁸⁰, nel rispetto dei quali deve svolgersi la *scelta* degli amministratori⁸¹ e, conseguentemente, è anche idoneo a circostanziare in modo più puntuale, talora sollecitandola, la dialettica fra la componente non esecutiva del consiglio di amministrazione e gli organi delegati⁸².

2005, p. 141 ss. Mentre, favorevole alla previsione di un obbligo periodico, almeno trimestrale, di relazione del collegio sindacale al consiglio di amministrazione sul funzionamento del sistema di controllo e sui risultati dei controlli N. ABRIANI, *Verso una riforma*, cit., p. 110.

77. Cfr. B. LIBONATI, *Noterelle*, cit., p. 457

78. Da cui appunto, secondo S. AMBROSINI, *I poteri*, cit., p. 32, deriva la facoltà per i sindaci di interloquire con gli amministratori. In tal senso C. ANGELICI, *In tema di rapporti fra "amministrazione" e "controllo"*, cit., p. 158 e M. LIBERTINI, *Commento* sub art. 2403, cit., p. 247; P. SFAMENI, *op. cit.*, p. 1610 ss., il quale sostiene che la partecipazione dei sindaci alla discussione dovrebbe collocarsi in un momento cronologicamente successivo all'intervento da parte dei consiglieri; N. ABRIANI, *Verso una riforma*, cit., p. 104: "Ferma restando l'estraneità dell'organo di controllo al profilo propriamente valutativo della scelta gestoria (in ciò la sostanziale differenza con l'istituto degli amministratori indipendenti e la comprensibile difficoltà degli operatori degli ordinamenti anglosassoni a misurarsi con le peculiarità del nostro istituto), il dovere dei sindaci di vigilare sulla rispondenza degli atti amministrativi ai principi di corretta amministrazione – e segnatamente sull'adeguatezza degli assetti e sul loro concreto funzionamento – postula necessariamente un esame dei processi decisionali sottesi alle valutazioni e alle conseguenti decisioni degli amministratori: opzioni che attengono al merito della gestione e che rientrano nella sfera di discrezionalità propria (ed esclusiva) dell'organo amministrativo, ma che, per effetto dell'instaurazione di una corretta dialettica organica, possono poi risultare nei fatti significativamente influenzate dall'organo di controllo.", da tali considerazioni l'Autore ricava la valenza preventiva del controllo del collegio sindacale e la sua rilevanza come "attività collaborativa diretta". Diversa la posizione di G. STRAMPELLI, *Sistemi di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, cit., p. 288 ss., secondo il quale l'estraneità dei sindaci al processo decisionale implica la sostanziale differenza della natura del controllo rispetto a quello esercitato dagli amministratori indipendenti e C. GARILLI, *I controlli interni nelle società per azioni con sistema dualistico. Riflessioni su alcuni profili di potenziale efficienza di un modello "in disuso"*, in *Contr. e impresa*, 2015, p. 1445 ss., p. 1451.

79. Come rilevato, rispetto al procedimento amministrativo, da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 120 e, quanto ai controlli nella società azionaria, da C. ANGELICI, *In tema di rapporti fra "amministrazione" e "controllo"*, cit., pp. 153-154.

80. Così anche M. LIBERTINI, *Commento* sub art. 2403, cit., pp. 240-242, per il quale però parrebbe che il collegio sindacale non abbia potere di indirizzo né consultivo del consiglio di amministrazione, ma sia organo di controllo "in senso stretto", seppure l'Autore successivamente ammetta la doverosità dei pareri consultivi indirizzati agli amministratori (ivi, a p. 243).

81. La mancata partecipazione alla fase decisoria dell'attività implica inadempimento ai doveri dei sindaci e non anche invalidità del procedimento deliberativo, secondo M. LIBERTINI, *Commento* sub art. 2405, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, a cura di F. d'Alessandro, vol. II, tomo 2, cit., p. 255. Conformi, fra gli altri, P. MAGNANI, *Commento* sub art. 2405, in *Collegio sindacale. Controllo contabile*, a cura di F. Ghezzi, nel *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, p. 235 ss., a p. 238; G. DOMENICHINI, *Commento* sub art. 2405, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 762; P. SFAMENI, *op. cit.*, p. 1611.

82. Dialettica, questa, che è pur sempre destinata a collocarsi sul piano della programmazione e dell'orga-

La vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione così come sulla adeguatezza degli assetti amministrativi, organizzativi e contabili e sul loro concreto funzionamento⁸³, declinata nel momento della decisione consiliare, è dunque *in funzione della decisione* da parte di chi, come gli amministratori, sono titolari esclusivi della relativa funzione (art. 2380 – *bis*, comma 1, cod. civ.)⁸⁴.

La possibilità che il collegio sindacale partecipi ai comitati costituiti all'interno dell'organo amministrativo con funzione istruttoria o consultiva si spiega, poi, alla luce del dovere di vigilanza sulla adeguatezza degli assetti e sul loro concreto funzionamento, che in questo caso si vuole abbia *forma diretta* e non indiretta, in funzione della formulazione del relativo giudizio in occasione della decisione consiliare sulla organizzazione, e quindi sulla definizione, della struttura e dei compiti delle articolazioni interne al consiglio di amministrazione⁸⁵. Per altro verso il ruolo della partecipazione del collegio sindacale ai comitati è altresì funzionale ad *assicurare* che i risultati conseguiti nell'attività istruttoria confluiscono correttamente nel procedimento decisionale, all'esito della dialettica interna⁸⁶, atteggiandosi allora quale specifico *dovere* di vigilanza sul concreto funzionamento dei flussi informativi (art. 2403 cod. civ.).

Si spiega anche, in questa medesima logica, il motivo per il quale il collegio sindacale sia definito nel Codice di Autodisciplina delle società quotate come organo “di vertice”

nizzazione dell'agire degli amministratori delegati. Deve difatti mantenersi ferma *l'autonomia dei poteri* derivante dalla ripartizione delle funzioni, in conseguenza della quale le materie delegate sono *soltratte* alla competenza consiliare. Così, chiaramente dopo la riforma, G. FERRI *jr*, *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 625 ss., p. 631; *contra* F. BARACHINI, *Commento sub art. 2381*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, cit., p. 1181 ss., a p. 1205, il quale ritiene che la competenza dei consiglieri non esecutivi sia concorrente con quella dei delegati, così come sostiene il potere sostitutivo del consiglio di amministrazione rispetto alle materie delegate. Pone il consiglio di amministrazione in rapporto di sovraordinazione rispetto ai delegati, M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 235.

83. Per cui si v. M. RIGOTTI, *Commento sub art. 2403*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, p. 159 ss., p. 182 ss., il quale segnala nella disciplina del collegio sindacale il passaggio “dalla vigilanza per singoli atti alla vigilanza per processi”.

84. Rileva N. ABRIANI, *Verso una riforma dei controlli interni*, cit., pp. 100-101, che “il collegio sindacale partecipa (*ab externo* ma) già *ex ante* al processo di formazione degli assetti organizzativi, e segnatamente del sistema di controllo interno e gestione dei rischi, monitorandone la corrispondenza ai principi di corretta amministrazione con un apprezzabile grado di *objectivity*, ma altresì di *proximity*”. Si v. sul punto anche P. SFAMENI, *Commento sub art. 2403*, cit., p. 1569

85. Sottolinea M. STELLA RICHTER *jr*, *I comitati interni all'organo amministrativo*, cit., p. 266, l'opportunità della previsione statutaria che disciplini i comitati e la relativa composizione, data la loro accresciuta importanza quale “strumento di tutela di interessi sociali non necessariamente coincidenti con quelli degli amministratori (o della loro maggioranza)”. Per la posizione che nega l'*obbligo* del collegio sindacale di partecipare ai comitati di natura consultiva, si v. P. SFAMENI, *op. cit.*, p. 1609

86. Per cui si v. N. ABRIANI, *Verso una riforma*, cit., p. 111, il quale valorizza la partecipazione dell'organo di controllo come “fattore di diversificazione”, utile a limitare il rischio di comportamenti allineati a posizioni prevalenti.

del sistema di controllo interno e gestione del rischio nelle società quotate. L'espressione, richiamando un principio di ordine gerarchico⁸⁷, vale in realtà a segnalare la concorrente funzione dell'organo rispetto alla formazione dell'assetto adeguato in materia di controlli e di gestione del rischio, che risulta formalizzata nel *dovere* del collegio sindacale di formulare *pareri* sul piano di lavoro della funzione di *internal audit*, così come sull'attività del revisore (criterio applicativo 7.C.1), pareri destinati a confluire nella decisione del consiglio di amministrazione sulla predisposizione del sistema di controllo e gestione dei rischi, in ipotesi con obbligo di motivazione da parte degli amministratori ove intendano discostarsene⁸⁸.

La funzione di controllo del collegio sindacale è dunque *cronologicamente* consecutiva, su ciò che è stato fatto, ma ciò non significa che non abbia rilevanza organizzativa, in quanto apporta le condizioni, i principi, i dati che debbono essere valutati in via discrezionale dagli amministratori (con eventuale *obbligo* di motivazione ove il momento del controllo sia formalizzato nel procedimento), in ordine alla organizzazione dell'attività, alla costruzione degli assetti organizzativi e, a valle, delle decisioni di merito⁸⁹.

87. Criticato da M. LIBERTINI, *Funzione di controllo*, cit., p. 12, che suggerisce invece un assetto dei controlli equordinato, fondato sul principio di collaborazione.

88. Parzialmente diversa e più complessa è la valutazione, nell'ambito del Codice di Autodisciplina delle società quotate, della partecipazione del presidente del collegio sindacale e, in via facoltativa, degli altri sindaci, al comitato controllo e rischi, alla luce della funzione composita, non meramente consultiva, ma anche decisoria, di tale organo. Seppure il tema non possa essere qui esaminato con completezza, può tuttavia rilevarsi, in premessa, che la centralità della funzione istruttoria del comitato e la sua posizione rispetto alle funzioni aziendali giustifica l'attività conoscitiva del collegio sindacale, dunque anche su specifica sollecitazione di quest'ultimo, in funzione dell'adempimento del dovere di vigilanza sul sistema di controllo interno a esso deferito dall'art. 149 T.U.F. D'altra parte il ruolo del collegio sindacale rispetto al procedimento di gestione dei rischi trova espressa *formalizzazione* nel dovere di esprimere un *parere* sul piano di lavoro della funzione di *internal audit* e sui risultati esposti dal revisore legale, parere che, proprio perché formalizzato nel procedimento, è idoneo a confluire nell'attività del comitato controllo e rischi e, conseguentemente, del consiglio di amministrazione con uno specifico onere di motivazione sulle questioni su cui si sia pronunciato l'organo di controllo (Cod. Autodisciplina 7.C.1). Il collegio sindacale apporta le condizioni alla decisione imprenditoriale attraverso la valutazione del corretto utilizzo dei principi contabili, sia attraverso la formalizzazione in un parere, sia in adempimento del compito di vigilanza sull'assetto amministrativo e contabile (art. 149 T.U.F.): con ciò il giudizio di oggettivazione sulla adeguatezza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, così come sulla corretta utilizzazione dei principi contabili, ma anche sulla efficacia ed efficienza della funzione di *internal audit*, è destinato a confluire, perciò stesso indirizzandolo, nel processo di costruzione delle linee organizzative di tali profili dell'esercizio dell'impresa. L'Autodisciplina esplicita la rilevanza procedimentale della funzione di controllo del collegio sindacale, quale comitato per il controllo interno e la revisione contabile, rispetto alla decisione collegiale degli amministratori sulla definizione del sistema di controllo interno e sposta la rilevanza del relativo giudizio sulla definizione della organizzazione dei controlli aziendali e della revisione legale.

89. Cfr., sul tema della individuazione dei limiti del potere di indirizzo e controllo del collegio sindacale, nel senso che il controllo del collegio sindacale debba orientarsi ai profili di opportunità della decisione gestoria, P. SFAMENI, *op. cit.*, p. 1570 ss., p. 1573; di diverso avviso N. ABRIANI, *Verso una riforma della disciplina dei controlli interni*, cit., p. 104, per il quale "il dovere dei sindaci di vigilare sulla rispondenza degli atti amministrativi ai principi di corretta amministrazione – e segnatamente sull'adeguatezza degli assetti e sul loro concreto funzionamento –

3. Qualche ulteriore considerazione può essere opportuna per cogliere, proprio sul piano del procedimento, la peculiarità della funzione di controllo del consiglio di amministrazione⁹⁰, se si considera che il legislatore ha inteso costruire, nel *sistema* della delega di funzioni descritto all'art. 2381 cod. civ., uno specifico profilo di *disciplina del potere*.

Preliminare è in proposito l'osservazione che la norma richiamata costituisce una esplicita articolazione del principio di divisione del lavoro, e quindi di *separazione dei poteri*, che, funzionale alla più efficiente amministrazione dell'impresa in forma di società per azioni, vale, sul piano della rilevanza giuridica, a *imputare distintamente* funzioni e responsabilità (art. 2392 cod. civ.), e presuppone a monte, perché cioè tale regime possa applicarsi, il riconoscimento del divieto di ingerenza nelle altrui competenze, anche qualora tale ripartizione emerga *in concreto* e non per effetto di autorizzazione assembleare (art. 2392, comma 1, c.c.)⁹¹.

L'art. 2381 c.c. individua a ben vedere un procedimento *necessario*⁹², benché non puntualmente formalizzato, che impone al consiglio di amministrazione il *dovere* di *valutare* l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, i piani strategici e il generale andamento della gestione, sulla base delle informazioni *ricevute* dagli organi delegati; procedimento, questo, all'esito del quale le funzioni e le conseguenti responsabilità risultano chiare e distribuite fra le varie componenti del consiglio di amministrazione. Il sistema si completa con la disposizione

postula necessariamente un esame dei processi decisionali sottesi alle valutazioni e alle conseguenti decisioni degli amministratori: opzioni che attengono al merito della gestione e che rientrano nella sfera di discrezionalità propria (ed esclusiva) degli amministratori" e Id., *Il ruolo del collegio sindacale nella governance del nuovo millennio*, cit., p. 329 ss., p. 356; S. FORTUNATO, *op. cit.*, p. 256, G.A. POLICARO, *Il collegio sindacale*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 279 ss., p. 291 ss.

90. Per cui già M. STELLA RICHTER jr, *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione*, cit., p. 663 ss.

91. Cfr. G. FERRI jr, *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 41 ss., pp. 42-44, il quale sottolinea come neppure possa considerarsi necessaria, ai fini della ripartizione delle funzioni gestorie, la formale deliberazione del consiglio di amministrazione, eventualmente richiesta al fine di imporre a ciascun amministratore il divieto di ingerirsi nelle competenze altrui. Mentre l'autorizzazione assembleare avrebbe la funzione di organizzare la gestione dell'impresa, nei termini indicati dall'art. 2381, comma 3, c.c., gli amministratori sono liberi di attribuire incarichi esecutivi rientranti nella seconda parte del comma 1 dell'art. 2380-bis c.c. Di diverso avviso F. BARACHINI, *Commento sub art. 2381*, cit., p. 1205 ss., per il quale la delega non avrebbe una funzione "abdicativa", bensì creerebbe una "competenza concorrente" derivante dal riconoscimento dei poteri di direttiva e di avocazione da parte del consiglio di amministrazione. Conforme G. GIANNELLI, *Il consiglio di amministrazione*, in *La governance delle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, a cura di M. Vietti, cit., p. 47 ss., p. 91 ss.

92. Così F. BARACHINI, *op. cit.*, p. 1209; P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, p. 491 ss., p. 502 ss.; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., p. 244; G. GIANNELLI, *Il consiglio di amministrazione*, cit., p. 80 ss.; F. VASSALLI, *Commento sub art. 2381*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, a cura di F. d'Alessandro, Padova, 2011, p. 37 ss.; G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, cit., p. 140; A. ZANARDO, *La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, cit., p. 249 ss., p. 250 ss.

dell'art. 2392, comma 2, cod. civ. ai sensi del quale gli amministratori non esecutivi sono solidalmente responsabili con i delegati qualora non si siano attivati per eliminare o attenuare le conseguenze dannose dei fatti dei quali fossero a conoscenza o fossero da loro conoscibili⁹³.

La *conoscibilità* del fatto dannoso, posta a fondamento della responsabilità solidale degli amministratori non esecutivi, si lega quindi necessariamente alla portata del dovere di vigilanza degli amministratori come articolata dal procedimento descritto all'art. 2381 cod. civ. La disciplina dell'informazione, indicata dalla norma stessa, còlta come specifico profilo del procedimento, non qualifica in senso conoscitivo la funzione degli amministratori non esecutivi, e dunque non configura uno specifico *dovere* istruttorio, come è invece del collegio sindacale e, individualmente, dei suoi componenti⁹⁴. Il *dovere* degli amministratori di agire informato, e non, a ben vedere, di *ricercare* le informazioni⁹⁵, fissato all'ultimo comma dell'art. 2381 cod. civ., deve essere letto alla luce del più complesso procedimento dettato dalla norma. Ne segue che la responsabilità degli amministratori non esecutivi si determina più propriamente non per effetto dell'inadempimento a un dovere individuale di istruttoria, proprio di una funzione di vigilanza,

93. Si v. G. FERRI jr, *Le deleghe interne*, cit., p. 181 ss., il quale ricostruisce il dovere di vigilanza nei termini di onere da esercitarsi dagli amministratori non esecutivi al fine di ottenere la liberazione dalla responsabilità solidale.

94. Cfr. L. CALVOSA, *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione della società per azioni*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 356 ss., la quale osserva che la sinteticità del controllo richiesto agli amministratori rileva come *dovere*, mentre non può escludersi l'esercizio del *potere* di controllo rimesso alla loro discrezionale valutazione. Nella prospettiva dell'Autrice, inoltre, poteri individuali di informazione dei singoli amministratori si configurano, non in fase fisiologica, ma patologica, in caso ad es. di informazioni inattendibili o erronee (ivi, pp. 375-376).

95. Così L. CALVOSA, *Sui poteri individuali*, cit., p. 363; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., p. 54 ss., secondo il quale la mancanza di un potere individuale di ispezione implica che la vigilanza in sede collegiale deve appuntarsi sulla adeguatezza degli assetti concretamente adottati, anche proponendo ispezioni da condursi a livello collegiale; P. ABBADESSA, *Profili topici*, cit., p. 505, ma attribuendo diversa incidenza alla funzione di vigilanza degli amministratori deleganti a seconda che la delega di funzioni sia autorizzata o di fatto (ivi, p. 511); G. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 104 ss.; A. ZANARDO, *op. cit.*, pp. 268-272; G. STRAMPELLI, *Sistemi di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, cit., p. 51 ss. Cfr. anche C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, cit., p. 691 ss., il quale sottolinea che il dovere di agire in modo informato "si traduce essenzialmente in un *dovere di informarsi*" e che tale dovere risulta circostanziato dal procedimento dettato all'art. 2381 cod. civ., così che "il tema della responsabilità non tanto riguarda l'adeguatezza della singola informazione presa alla base della concreta decisione, quanto di tale sistema di controllo interno: nel senso che, se esso può ritenersi adeguato, in grado quindi di correttamente elaborare le conoscenze dell'impresa e convogliarle all'organo amministrativo, è poi giustificato che alle informazioni così ricevute questo si affidi". In giurisprudenza si v. Cass. pen., 4 maggio – 19 giugno 2007, n. 23838, in *Giur. comm.*, 2008, p. 369, con nota di R. SACCHI, e Cass. 31 agosto 2016, n. 17441, in *Società*, 2017, p. 218 ss., con nota di S. Serafini, a cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici, ove la precisazione che "Gli amministratori di s.p.a. privi di delega sono responsabili per non aver impedito fatti pregiudizievoli che, in base al proprio dovere di agire in modo informato, erano da questi conosciuti o conoscibili, non sussistendo a loro carico un generale obbligo di vigilanza che li esponga ad una responsabilità di carattere oggettivo". Per la tesi che invece individua nel dovere di agire informato uno specifico dovere di ogni singolo amministratore di ricercare l'informazione, cfr. D. REGOLI, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 373.

bensi in conseguenza dell'omessa attivazione, sulla base delle informazioni ricevute⁹⁶, dei poteri loro spettanti, in virtù della ripartizione delle funzioni, di direttiva e di avocazione della competenza delegata⁹⁷.

In questa logica è allora significativo che il dovere di agire in modo informato acquisti un preciso significato alla luce del *potere*, sancito nel medesimo periodo dell'ultimo comma dell'art. 2381 cod. civ., del singolo amministratore di far confluire l'informazione in consiglio. L'informazione, in questo specifico caso necessariamente *indiretta* e *formalizzata* nel momento collegiale (rispetto alla quale non può ritenersi escluso l'apporto dei sindaci⁹⁸), si configura nel procedimento in modo simmetrico, in funzione non dell'adempiimento da parte degli amministratori non esecutivi a un dovere di vigilanza, ma dell'*esercizio "informato" del potere* di programmazione dell'esercizio dell'attività che grava, appunto, su *ogni* amministratore⁹⁹.

I consiglieri non esecutivi *apportano le condizioni* nelle quali deve svolgersi la decisione dell'organo delegato sulla organizzazione degli assetti organizzativi e sulle operazioni strategiche, in base al principio di separazione dei poteri, ma lo fanno *in modo peculiare*, rispetto all'organo di controllo: *preventivamente* attraverso il *potere* di direttiva¹⁰⁰ e, *ex post*, con l'eventuale *potere* di avocazione della funzione delegata, o di revoca della delega¹⁰¹. Con la differenza, evidente rispetto al controllo del collegio sindacale, che entrambi questi aspetti implicano che la verifica di conformità si realizzi rispetto a un *parametro* che sono gli stessi amministratori a dover fissare nell'esercizio della funzione di controllo¹⁰²: con il che la responsabilità degli amministratori non esecutivi, se può apprezzarsi nei termini di omessa attivazione per attenuare o eliminare le conseguenze dannose (art. 2392, comma

96. Spettando al collegio, secondo P. ABBADESSA, *Profili topici*, cit., p. 506, l'approfondimento istruttorio. Si v. M. STELLA RICHTER jr, *L'informazione dei singoli amministratori*, in corso di pubblicazione negli atti del convegno su *Informazione societaria e corporate governance nella società quotata*, organizzato dalla Fondazione CESIFIN-Alberto Predieri il 16 marzo 2017 a Milano, Torino, p. 7 del dattiloscritto, consultato per cortesia dell'autore, ove la precisa indicazione secondo la quale la carenza di informazione implica, non un potere ispettivo individuale, bensì il dovere degli amministratori di rilevare l'inadeguatezza dell'assetto organizzativo e il dovere di correggerne la struttura e il funzionamento.

97. Sono queste ipotesi qualificate da B. LIBONATI, *Conclusioni*, cit., pp. 418-419, come controlli di merito, anch'essi procedimentalizzati, quale ad esempio la revoca della delega da parte del consiglio di amministrazione, che, difatti, non presuppone mai la presenza di una giusta causa.

98. Cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 559 ss.

99. In tal senso anche P. ABBADESSA, *Profili topici*, cit., p. 505, secondo il quale ciò che non è ammesso per il singolo amministratore è invece concesso per il consiglio. V. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione*, cit., p. 300 ss., che sottolinea, nei termini di compresenza, la duplicità dei profili del dovere di informazione e del dovere di diligenza degli amministratori.

100. Così M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., p. 237.

101. Cfr. in questo senso anche M. RIGOTTI, *op. cit.*, p. 194.

102. Il che vale a qualificare la relativa attività come di direzione secondo M. STELLA RICHTER jr, *La funzione di controllo*, cit., p. 664.

2, cod. civ.), presuppone a monte la *scelta*, come tale discrezionale, del parametro in base al quale operare la vigilanza¹⁰³.

Con ciò non appare distonico che il flusso informativo su cui debba puntualizzarsi la valutazione di adeguatezza degli assetti da parte del consiglio di amministrazione provenga dall'organo delegato. La valutazione difatti si appunta sul dovere di informazione del delegato, che rappresenta, già di per sé, un profilo di emersione della adeguatezza della organizzazione. Il dovere di agire informato recato dall'art. 2381, ult. comma, cod. civ. deve allora essere interpretato alla luce della disciplina del potere di programmazione dell'attività derivante dalla ripartizione delle funzioni e non riportato al piano, diverso, del controllo sull'attività¹⁰⁴.

4. La prospettiva della complessità è altresì idonea a cogliere le peculiarità della disciplina della funzione di controllo nel sistema dualistico.

Si è già sottolineato come il giudizio sul quale si appunta il controllo, quale *momento* della sequenza nella quale a una decisione segue l'attuazione e una nuova decisione, porti con sé l'*effetto*, normale in un'ottica procedimentale, di indirizzare la decisione sulla programmazione dell'attività, su quel momento cioè, proprio dell'agire imprenditoriale, idoneo a fissare la funzione, ovvero a dettare le regole dell'altrui agire organizzandolo.

Questo tratto caratterizzante la funzione di controllo nella società per azioni assolve il compito di delimitare, *ab externo*, la discrezionalità nella amministrazione della società per azioni, e assume, nell'ambito del sistema dualistico, una specifica portata proprio per la diversa collocazione del momento del controllo nell'ambito della sequenza in cui si articola l'attività¹⁰⁵.

103. In ogni caso, l'articolazione decritta, fondata sul principio di separazione dei poteri, esclude il potere sostitutivo degli amministratori non esecutivi. Cfr., in termini opposti, ma nel vigore del regime previgente G. FERRI, *I controlli interni*, cit., pp. 1199-1200.

104. In questo senso anche M. STELLA RICHTER jr, *L'informazione dei singoli amministratori*, cit; di diverso avviso pare G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione*, cit., p. 40 ss., p. 323 ss., p. 330, il quale tuttavia sottolinea che è la ripartizione delle funzioni a rendere efficace l'informazione, proprio imponendo un dovere di approfondimento sulla documentazione trasmessa dai delegati.

105. La specificità della situazione descritta viene valorizzata nella ricostruzione della dottrina riconoscendo al consiglio di sorveglianza la titolarità di un *potere originario di indirizzo* della gestione strategica dell'impresa, "implicante l'indicazione di principi e regole a carattere programmatico generale, rivolte all'organo amministrativo": V. CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Torino, 2009, p. 172. Il potere in questione si rafforza per effetto della previsione dell'art. 2409 – *terdecies*, comma 1, lett. f-bis), cod. civ., che, sempre secondo la dottrina richiamata, vale a integrare il potere decisionario del consiglio di gestione sulle materie di rilevanza strategica e a modificare il titolo di responsabilità del consiglio di sorveglianza. Cfr. ID., *Il sistema dualistico*, cit., p. 184 e p. 215 ss., il quale qualifica in termini di "approvazione" la delibera richiesta in base alla previsione statutaria al consiglio di sorveglianza. Il sistema, così ricostruito, vede assegnato al consiglio di sorveglianza un "complessivo potere di indirizzo strategico dell'impresa", quale "competenza inderogabile originaria", che può essere esercitato "a valle" e "a monte" delle proposte del consiglio di gestione (ivi, pp. 226-227), complessivamente caratterizzando la funzione di controllo in senso composito, come risultante dalla somma dei doveri del collegio sindacale e della vigilanza del consiglio di amministrazione, per cui: "Il "controllo"

Nel sistema richiamato si verifica in realtà una modifica complessiva della serie procedimentale esaminata rispetto al sistema tradizionale, a partire dalla delimitazione dei poteri di programmazione e controllo dell'assemblea precisati nella nomina e nella revoca (anche *ad nutum*) dei componenti il consiglio di sorveglianza, nell'esercizio dell'azione di responsabilità nei loro confronti e in quelli dei componenti il consiglio di gestione¹⁰⁶. Ne deriva, a differenza del sistema tradizionale, che la funzione esercitata *ex art.* 2403, comma 1, cod. civ. dal consiglio di sorveglianza (in base al rinvio contenuto all'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. c), cod. civ.) non assolve a ruolo conoscitivo per l'esercizio dei poteri di controllo da parte dell'assemblea¹⁰⁷, bensì rileva quale vigilanza strumentale alla programmazione dell'attività. Il potere di organizzazione, proprio dell'assemblea nel sistema tradizionale, è difatti affidato al consiglio di sorveglianza che ha, fra l'altro, il *dovere* di nominare e revocare (anche *ad nutum*) i componenti il consiglio di gestione, determinarne il compenso, esercitare l'azione di responsabilità nei loro confronti, nonché di approvare il bilancio¹⁰⁸. È significativo in proposito che con la scelta del sistema dualistico i soci sottraggano al metodo assembleare¹⁰⁹, attraverso il quale sono legittimati a perseguire il *proprio* interesse attraverso il principio maggioritario, non solo la gestione dell'impresa, ma anche i poteri di programmazione e controllo e che, al contrario, l'assemblea mantenga un potere programmatico sui consiglieri di sorveglianza, potendo deciderne la revoca anche senza giusta causa¹¹⁰.

spettante al collegio sindacale costituisce un parametro per difetto per la qualificazione della funzione di “vigilanza” di titolarità del consiglio di sorveglianza” (ivi, p. 168). Sull'inquadramento della funzione di controllo del consiglio di sorveglianza e per le diverse tesi in merito cfr. F. BORDIGA, *Commento sub art. 2403-terdecies*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, cit., p. 1903 ss., p. 1908 ss., p. 1936, secondo il quale la compartecipazione del consiglio di sorveglianza alla pianificazione strategica non deriva esclusivamente dalla attribuzione statutaria, ma è in sé nel potere di nominare e revocare gli amministratori. Per questa posizione cfr. già ID., *La funzione del consiglio di sorveglianza. Tra controllo e indirizzo dell'impresa*, Milano, 2016, *passim*.

106. La previsione viene giustificata dalla valenza “politica” del consiglio di sorveglianza legittimata dalla maggioranza azionaria: F. BORDIGA, *La funzione del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 102 ss., il quale paragona il sistema dualistico ad una democrazia rappresentativa in cui il consiglio di sorveglianza rappresenta il parlamento e il consiglio di gestione il governo.

107. Cfr. P. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione*, cit., p. 133.

108. Osserva M. LIBERTINI, *La funzione di controllo*, cit., p. 17, che “la sola funzione positiva del modello era ed è, invece, quella di fornire una soluzione organizzativa che sostituisce ad un organo puramente censorio (come è il collegio sindacale) un organo di indirizzo e controllo, che però ha senso se e in quanto sia dotato di una forte “legittimazione politica” all'interno dell'organizzazione societaria”. Dal che la considerazione che il sistema dualistico è divenuto funzionale ad azionisti di maggioranza che non vogliono amministrare la società di svolgere un ruolo più incisivo della maggioranza assembleare. In questi termini anche F. BORDIGA, *La funzione del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 112. Ricostruisce il consiglio di sorveglianza come organo “ibrido”, G. RIOLFO, *Il sistema dualistico*, Padova, 2013, p. 434.

109. Sottolinea opportunamente F. DENOZZA, *Intervento*, in *Un seminario sul sistema dualistico*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 1234 ss., p. 1243, che il sistema dualistico è “un modo particolarmente raffinato e avanzato di realizzare l'alternanza degli amministratori”.

110. Seppure in base a una maggioranza qualificata (art. 2409-*duodecies*, comma 5, cod. civ.), ricondotta alla

Ne risulta un sistema in cui, proprio per la diversa disciplina della programmazione dell'attività, il problema della separazione fra proprietà e controllo¹¹¹, di cui sopra si è detto¹¹², viene "mitigato"¹¹³ dalla funzione del consiglio di sorveglianza¹¹⁴, e in cui al principio di esclusività della gestione, riferito dall'art. 2409-*novies*, comma 1, cod. civ. al consiglio di gestione, non può ascriversi la medesima portata che esso assume nel sistema tradizionale.

Il potere di organizzazione dell'attività è sì *formalmente* concentrato nell'organo gestorio, ma, se guardato alla luce della complessità dell'agire imprenditoriale, non esclusivamente affidato al consiglio di gestione. Ne costituisce espressa conferma innanzitutto la circostanza che l'attribuzione al consiglio di sorveglianza del *dovere* di revoca dei componenti il consiglio di gestione implichi, di riflesso, il *dovere* di fissare il *parametro* in base al quale valutare l'agire del consiglio di gestione¹¹⁵.

esigenza di maggiore stabilità dell'organo da P. MAGNANI, *Commento sub art. 2409-duodecies*, cit., p.107 ss. e al rapporto fiduciario insistente fra i soci e i consiglieri di sorveglianza, per cui L. SCHIUMA, *Il sistema dualistico*, cit., p. 713. P. ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia*, cit., p. 3, sottolinea invece come la disposizione che sottrae alla procedimentalizzazione propria della revoca dei sindaci il corrispondente regime della revoca dei consiglieri di sorveglianza sia funzionale a garantire il principio di contendibilità del controllo, che risulterebbe pregiudicato dalla conseguente inamovibilità dei consiglieri di gestione. Secondo G. RITOLFO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 501, in nota 204, richiamando la tesi di F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2009, p. 349, il regime della revoca dei componenti il consiglio di sorveglianza si giustifica nel sistema dualistico non essendovi il pericolo del sistema tradizionale di connivenza fra maggioranza assembleare e amministratori.

111. Diversamente da quanto in origine enunciato nella Relazione ministeriale al d.lgs. 6/2003. A tal proposito si v. P. ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia*, cit., p. 2; L. SCHIUMA, *Controllo e governo nel sistema dualistico. Limiti d'ordine tipologico e limiti d'ordine sistematico all'autonomia statutaria*, in *RDS*, 2010, p. 735 ss. e già EAD., *Commento sub art. 2409-terdecies*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 702 ss., p. 706 ss.

112. Per cui v. *supra* paragrafo 1.

113. Cfr. R. COSTI, *Introduzione ai contributi sul dualistico*, in *Un seminario sul sistema dualistico*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 1234. Di diverso avviso P. MONTALENTI, *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, cit., p. 693.

114. Funzione definita appunto "immanente" da P. FERRO LUZZI, *L'esercizio d'impresa*, cit., p. 243, ove l'Autore sottolinea che, mentre nel sistema tradizionale il legislatore all'art. 2380-*bis*, comma 1, cod. civ., intendeva escludere la competenza assembleare nella gestione, "l'identica formula utilizzata per il consiglio di gestione ha invece funzione diversa, di fissare in tema di gestione principi nei confronti del consiglio di sorveglianza, il quale competenza sulla gestione può averne". Cfr. anche B. LIBONATI, *Noterelle a margine*, cit., p. 436.

115. Rispetto al controllo nel sistema dualistico rileva con estrema chiarezza P. MARCHETTI, *Controllo e gestione*, cit., p. 160, che "La "controfaccia" Consiglio di Sorveglianza, attraverso il filtro del Comitato di Controllo, d'altro canto, pare più attrezzata proprio perché (ed *in quanto* munita) della funzione di indirizzo/supervisione strategica, per un controllo che tenga doverosamente conto della coerenza con la *politica* dei rischi". Secondo F. BORDIGA, *La funzione di controllo del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 142, l'attribuzione del potere di nomina e di revoca degli amministratori a un organo professionale, cd. *trusteeship*, costituisce una tecnica di *governance* che implica la fissazione di un criterio, integrato dalla conformità della revoca "all'interesse sociale", al fine di valutare la responsabilità derivante dall'esercizio del dovere di revoca. Proprio la circostanza per la quale il consiglio di sorveglianza assume rispetto al consiglio di gestione una posizione di «supremazia», e dunque diviene responsabile per l'agire dei consiglieri di gestione, implica, secondo P. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione*, cit., p. 131, una situazione non comparabile con quella del collegio sindacale.

Altrettanto significativo è che il potere dell'autonomia statutaria, derivante dalla previsione dell'art. 2409 – *terdecies*, comma 1, lett. *f-bis*), cod. civ., incida, a sua volta, sulla portata del principio di esclusività della gestione, indirettamente comprimendolo. La disposizione, senza nulla dire sulla valenza della delibera richiesta al consiglio di sorveglianza sulle operazioni a rilevanza strategica, che allora può considerarsi neutra¹¹⁶, esplicita tuttavia un aspetto diverso, e cioè la diversa disciplina dell'esercizio di un'attività decisoria.

La previsione statutaria diretta a formalizzare la decisione del consiglio di sorveglianza nel procedimento che riguarda i piani e le operazioni strategiche implica difatti la programmazione *da parte dei soci*, attraverso l'autonomia statutaria, dell'attività. Questo tipo di configurazione è da considerarsi affatto neutrale, poichè la scansione formale del procedimento decisionale in materie a rilevanza strategica¹¹⁷ è funzionale a determinare, *in senso sostanziale*, il contenuto della decisione e, come tale, deve ritenersi limitato alla specifica previsione statutaria.

La delibera del consiglio di sorveglianza, formalizzata nel procedimento in base alla applicazione dell'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. *f-bis*) cod. civ., implica non solo una interlocuzione necessaria¹¹⁸ fra le funzioni e, di conseguenza, confluisce nella *motivazione*

116. Per la distinzione fra la valenza di autorizzazione o di approvazione della delibera del consiglio di sorveglianza cfr. P. ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia*, cit., p. 11, il quale propende per attribuire alla delibera il significato di approvazione, poichè, nella prospettiva dell'Autore, l'approvazione, a differenza dell'autorizzazione, obbliga il consiglio di gestione all'esecuzione. Osserva invece P. FERRO-LUZZI, *op. ult. cit.*, p. 134, che la "partecipazione del consiglio di sorveglianza alla fase decisoria della organizzazione adeguata", implica che i progetti, i programmi, i regolamenti adottati dal consiglio di gestione "debbono essere portati all'attenzione del consiglio di sorveglianza; questo, come organo collegiale, non può che esprimersi in deliberazioni, dunque atti; non ritengo possa parlarsi di «autorizzazione», e forse anche l'espressione «approvazione» non è del tutto corretta". Per V. CALANDRA BUONAURO, *Intervento*, in *Un seminario sul sistema dualistico*, in *Giur. comm.*, I, 2008, p. 1234 ss., p. 1241, la delibera richiesta al consiglio di sorveglianza integra un'autorizzazione. Conforme F. DENOZZA, *Intervento*, cit., p. 1244, per il quale il consiglio di sorveglianza può autorizzare, ma non modificare il piano e P. MAGNANI, *Commento sub art. 2409-terdecies*, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di F. Ghezzi, nel *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, p. 135 ss., p. 158 ss., p. 164; F. BORDIGA, *Commento sub art. 2403-terdecies*, cit., p. 1939. Per B. LIBONATI, *Noterelle a margine*, cit., p. 461, l'espressione "delibera" arricchisce la decisione nei termini di facoltà di ulteriore proposta da parte del consiglio di sorveglianza, che non autorizza né approva. Diversa la ricostruzione di V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 190 ss e p. 203 ss. Sul punto si vedano anche P. MONTALENTI, *Intervento*, in *Un seminario sul sistema dualistico*, cit., p. 1251, il consiglio di sorveglianza può autorizzare, approvare o decidere, in quest'ultimo caso implicando per il consiglio di gestione un mero compito esecutivo, e U. TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di "alta amministrazione" del consiglio di sorveglianza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 709 ss.

117. Sia che si tratti di piani, sia che si tratti di operazioni a rilevanza strategica, come sottolineato da V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 204 ss. Ma v. B. LIBONATI, *Noterelle a margine*, cit., pp. 462-463, secondo il quale, ferma la necessità della proposta del consiglio di gestione rispetto ai piani, per le operazioni strategiche il consiglio di sorveglianza potrebbe avere competenza esclusiva.

118. In questo senso, seppure muovendo dalla individuazione di una originaria funzione di indirizzo del consiglio di sorveglianza, anche F. BORDIGA, *La funzione del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 132, il quale sottolinea come la disposizione abbia la funzione "di consentire ai soci, non tanto di riconoscere all'organo di controllo una funzione che altrimenti non avrebbe, ma di costringere l'esercizio (altrimenti discrezionale) della funzione già esistente in *confini predefiniti e proceduralizzati*". Con l'esito, tuttavia, di estendere analogicamente la previ-

della decisione, ma soprattutto *obbliga* il consiglio di gestione alla motivazione¹¹⁹, anche sotto forma di suo rafforzamento o di integrazione dell'istruttoria. Non sembra invece che la decisione del consiglio di sorveglianza possa rappresentare un momento diverso, integrativo dell'efficacia, che presupponga quindi l'*imputazione* non esclusiva della decisione al consiglio di gestione¹²⁰. La valenza, se si vuole dire "forte", della funzione del consiglio di sorveglianza si ricava dalla sua *collocazione* nel procedimento che l'autonomia statutaria vuole si formalizzi in una decisione, piuttosto che da una sua ontologica rilevanza¹²¹.

È allora significativo che, sia nel sistema tradizionale sia in quello dualistico, la vigilanza sui piani strategici presupponga la loro predisposizione da parte dell'organo amministrativo. Nel sistema dualistico, in particolare, la precisazione, riferita dall'art. 2409-terdecies, comma 1, lett. *f-bis*), cod. civ., della *responsabilità esclusiva* dei consiglieri di gestione per gli atti compiuti, se per un verso *esclude* che la delibera del consiglio di sorveglianza rivesta una funzione integrativa dell'efficacia *di un atto*, per altro verso *non impedisce* di qualificarla come *momento dell'attività*. Momento, questo, che per un verso confluisce nella motivazione della decisione del consiglio di gestione, in ipotesi legittimandola, e per altro

sione al di là della disposizione statutaria a tutte le operazioni a rilevanza strategica (ivi, p. 132), tesi questa che pare essere successivamente negata dall'Autore (ivi, a p. 195).

119. Per la diversa impostazione che rinviene un *potere* di veto da parte del consiglio di sorveglianza cfr. V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 237 ss.

120. Cfr. V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 226, per il quale la funzione forte di indirizzo del consiglio di sorveglianza si esprime "a valle" della proposta del consiglio di gestione sulla materia a rilevanza strategica. L'incidenza sulla programmazione, nella nostra prospettiva, non è a posta a valle, ma *costruisce la motivazione* della decisione strategica. Conforme M. LIBERTINI, *La funzione di controllo*, cit., p. 19, il quale precisa che il potere di indirizzo debole implica che il consiglio di gestione "è obbligato a tenere conto del contenuto della raccomandazione o del parere ricevuto", senza integrare un potere di direttiva. Deve tuttavia osservarsi in proposito come l'esito, condivisibile quanto alle decisioni assunte in base alla previsione statutaria *ex art. 2409-terdecies*, comma 1, lett. *f-bis*), cod. civ. ove si richiede la formalizzazione della delibera del consiglio di sorveglianza nel procedimento, non possa automaticamente riconoscersi ove tale formalizzazione risulti mancante.

121. Come invece rilevato da V. CARIELLO, *op. ult. cit.*, p. 172 e p. 230, muovendo dalla esistenza di una funzione di indirizzo originaria, il quale tuttavia sostiene che il sistema non arriva a pregiudicare il potere decisionario esclusivo del consiglio di gestione. Conforme BORDIGA, *La funzione del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 195 ss. Secondo M. LIBERTINI, *La funzione di controllo*, cit., pp. 21-23, invece, il potere "pieno" di amministrazione attiva del consiglio di sorveglianza – dal quale deriva, secondo questa prospettiva, il potere di emendare le proposte del consiglio di gestione e di sostituirsi nel caso di sua inerzia – è funzionale a superare i limiti del modello organizzativo fondato sul ruolo meramente censorio dell'organo di controllo. L'Autore ammette tuttavia che, rispetto ai piani strategici, il consiglio di gestione possa discostarsi con deliberazione motivata dalla direttiva del consiglio di sorveglianza, da intendersi quindi come non vincolante, mentre, rispetto alle operazioni strategiche, il compito del consiglio di gestione sarebbe meramente esecutivo. In quest'ultimo caso la previsione della responsabilità esclusiva del consiglio di gestione comporterebbe tuttavia il "potere-dovere di rivolgere al c.d.s. un "atto di rimostranza", qualora ritenga, per qualsiasi ragione (originaria o sopravvenuta) che la deliberazione sia inopportuna ai fini della realizzazione dell'oggetto sociale". Ne risulta un sistema che, al contrario delle intenzioni assunte in premessa, pare implicare una più complessa e meno fluida articolazione, per cui "in ogni caso, se la deliberazione del c.d.s. sia illegittima, il c.d.g. può sospenderne l'esecuzione e perfino disapplicarla, ma anche in questo caso a seguito di deliberazione analiticamente motivata" (ivi, p. 23).

verso è strumentale a *fissare il parametro* in base al quale il consiglio di sorveglianza verifica la conformità dell'agire degli amministratori e, altrettanto ipoteticamente, delibera la loro revoca¹²². Piuttosto, la formalizzazione della valutazione del consiglio di sorveglianza nella delibera fonda il *dovere* del consiglio di gestione di motivare la decisione e, *ancora prima*, sul piano cronologico, di sottoporre la proposta al consiglio di sorveglianza. Al contrario, nei casi in cui la scansione della sequenza non sia disciplinata dall'autonomia statutaria, nella duplice forma del *dovere* del consiglio di gestione di sottoporre le proposte sui piani o sulle operazioni strategiche alla valutazione del consiglio di sorveglianza e del *dovere* di quest'ultimo di deliberare sulle proposte del consiglio di gestione, l'accento andrà posto sul *potere* del consiglio di sorveglianza di rivolgere al consiglio di gestione pareri o raccomandazioni, e quindi l'adempimento al dovere di vigilanza dovrà essere verificato, non in base alla conformità al procedimento, bensì rispetto al corretto esercizio della funzione.

Da quanto osservato è possibile trarre alcune conseguenze.

Nel confronto fra il sistema tradizionale e quello dualistico emerge che la scansione della sequenza, qualora sia formalmente procedimentalizzata, determina il *dovere di motivazione* dell'organo amministrativo rispetto alle decisioni strategiche e, di conseguenza, un maggior approfondimento anche istruttorio. La mancanza di formalizzazione del procedimento implica, invece, che la motivazione debba essere ricostruita, in sede di sindacato giudiziale, a partire dall'esame della regolarità e correttezza dell'esercizio delle funzioni di amministrazione e controllo. Non è allora indifferente rilevare che la scansione formale della sequenza nel sistema dualistico (al pari di quanto si verifica per le deleghe autorizzate) debba essere prevista dalla *autonomia statutaria* attraverso una specifica disciplina della programmazione dell'attività decisoria da parte dei soci, con ciò risultando funzionale alla precisazione e *preventiva* allocazione delle responsabilità in ordine alle decisioni a rilevanza strategica¹²³.

La ricostruzione della delibera richiesta al consiglio di sorveglianza, quale momento dell'attività di programmazione e controllo idoneo a confluire nella decisione del consiglio di gestione, ma privo di portata decisoria autonoma¹²⁴, spiega inoltre il mancato rin-

122. Per cui si v. B. LIBONATI, *Noterelle a margine*, cit., p. 462. Al contrario, per V. CARIELLO, *Sulla responsabilità del consiglio di sorveglianza*, in RDS, 2011, p. 55 ss., p. 71, "esclusiva responsabilità non equivale a esclusiva competenza", richiamando l'identica impostazione di P. ABBADESSA, *L'assemblea nella spa: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di M. Rescigno e A. Sciarrone Alibrandi, Milano, 2004, p. 44. L'Autore perviene così a precisare che l'esclusiva responsabilità riguarda solo gli atti esecutivi posti in essere dal consiglio di gestione nelle ipotesi descritte all'art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f-bis) c.c. (ivi, a p. 72). Anche secondo P. MONTALENTI, *Intervento*, in *Un seminario sul sistema dualistico*, cit., p. 1251, la norma non vale a escludere la responsabilità del consiglio di sorveglianza "per autorizzazione di fatti dannosi".

123. Ma per V. CARIELLO, *Sulla responsabilità del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 69, la clausola statutaria servirebbe invece a riservare la funzione "originaria" di indirizzo propria del consiglio di sorveglianza, "a scanso di equivoci".

124. Di contrario avviso M. LIBERTINI, *La funzione di controllo*, cit., p. 21, che inquadra la funzione del con-

vio, rispetto alle decisioni del consiglio di sorveglianza, alla disciplina degli interessi degli amministratori disposta all'art. 2391 cod. civ. Se, difatti, non può escludersi che i consiglieri di sorveglianza siano tenuti, al pari dei consiglieri di gestione, ad agire in assenza di conflitto di interessi, in conformità al più generale dovere di diligenza, tuttavia la valenza della funzione del consiglio di sorveglianza impedisce l'applicazione del procedimento dettato all'art. 2391 cod. civ. che riguarda appunto l'emersione dell'interesse nell'ambito di un'attività di composizione e di ponderazione di una decisione imprenditoriale¹²⁵, la quale è rimessa in via esclusiva al consiglio di gestione cui è anche imputata la relativa responsabilità¹²⁶.

La rilevata *attenuazione* del principio di esclusività della gestione nel sistema dualistico, a fronte della *rafforzata vigilanza*¹²⁷ del consiglio di sorveglianza, giustifica poi l'atteggiamento da parte del legislatore di minore attenzione alla procedimentalizzazione in senso formale dei momenti del controllo che si realizza invece nel sistema tradizionale. E, difatti, il consiglio di sorveglianza apporta le condizioni alla decisione imprenditoriale, non (necessariamente) attraverso la partecipazione alle riunioni del consiglio di gestione, ma attraverso il *dovere* di rimuovere la funzione e, ancor prima, di *fixare il parametro* in base al quale esercitare la vigilanza¹²⁸.

siglio di sorveglianza come di "amministrazione attiva", riconoscendo un potere deliberativo pieno, tale da configurare il consiglio di sorveglianza come "luogo di ponderazione di interessi fra diversi gruppi presenti nel capitale azionario" (ivi, p. 22). In senso dubitativo si v. P. MARCHETTI, *Controllo e gestione*, cit., p. 165.

125. Per la ricostruzione della duplice portata del metodo collegiale di funzionamento dell'organo amministrativo pluripersonale si v. per tutti, anche per i riferimenti bibliografici ivi contenuti, M. STELLA RICHTER jr, *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di B. Libonati, Milano, 1995, p. 277 ss.

126. Cfr., seppure sulla base di un argomento letterale, N. SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 54 ss. Di diverso avviso V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 261 ss., il quale estende in via analogica l'art. 2391 c.c. a tutte le delibere del consiglio di sorveglianza che non assolvano alla funzione di controllo (quindi non solo quelle relative alle operazioni strategiche, ma anche quelle di nomina e revoca dei consiglieri di gestione e di approvazione del bilancio). Conformi P. ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, cit., p. 12; F. BORDIGA, *La funzione del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 106, ma sulla base di un argomento letterale; G. RIOLFO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 597 ss. e già P. MONTALENTI, *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *AGE*, 2007, p. 269 ss., p. 279 e ID., *Modello dualistico*, cit., pp. 701-702, il quale in proposito richiama la disposizione del Codice di Autodisciplina delle società quotate (12.c.1, lett. b) che impone al sindaco di comunicare agli altri membri del collegio sindacale e al presidente del consiglio di amministrazione natura, portata e termini dell'interesse. Tuttavia, ci sembra che la previsione autoregolamentare non sia sufficiente a integrare la complessità del procedimento descritto all'art. 2391 cod. civ., se non, nella prospettiva precisata dall'Autore, per integrare la sussistenza della giusta causa di revoca. V. CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria*, cit., p. 688, suggerisce invece l'applicabilità dell'art. 2391 cod. civ. mediante apposita previsione statutaria, pur non negando la possibilità della applicazione analogica della norma.

127. In questa medesima linea cfr. F. DENOZZA, *Intervento*, cit., *passim* e p. 1244. Secondo C. GARILLI, *I controlli interni nelle società per azioni con sistema dualistico*, cit., p. 1458, il consiglio di sorveglianza sarebbe un organo di "supercontrollo".

128. L'ordinamento pare affidare anche agli amministratori non esecutivi il potere di fissare il parametro

In questa logica si comprende quell'opinione che ravvisa la possibilità di costituire comitati interni al consiglio di sorveglianza, ma non al consiglio di gestione¹²⁹: ciò non tanto per il carattere esecutivo della attività di quest'ultimo, bensì alla luce del ruolo del consiglio di sorveglianza rispetto alla disciplina dell'attività decisoria¹³⁰.

Il problema della delimitazione della discrezionalità dei gestori, proprio delle situazioni di separazione fra proprietà e controllo, trova allora nel sistema dualistico diversa soluzione in una *differente disciplina del potere* di determinazione delle regole di esercizio dell'attività. La funzione di controllo del consiglio di sorveglianza è difatti particolarmente incisiva non solo nel verificare la conformità della gestione alle regole e ai principi, ma nel *dovere* di fissare il parametro in base al quale vigilare sulla attività del consiglio di gestione.

La diversa posizione della funzione di vigilanza nel sistema dualistico, che maggiormente consente di ricostruire il principio di separazione dei poteri non nei termini di reciproca estraneità delle funzioni¹³¹, si riflette allora sulla valutazione della responsabilità del consiglio di sorveglianza, che si configura, a mente dell'ultimo comma dell'art. 2409-terdecies cod. civ., in via solidale con i componenti del consiglio di gestione “per i fatti o le omissioni di questi quando il danno non si sarebbe prodotto se avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica”¹³². È significativo, e da valorizzare in via

della vigilanza in base ad una scelta, come tale discrezionale; al contrario, per quello che si dirà più oltre, la medesima situazione è suscettibile di essere valutata nei termini di adempimento di un dovere da parte del consiglio di sorveglianza. Critico rispetto alla mancata previsione di un dovere di assistere alle riunioni del consiglio di gestione da parte del consiglio di sorveglianza, M. LIBERTINI, *La funzione di controllo*, cit., p. 18, secondo il quale la previsione è contraria al “funzionamento di un organo che dovrebbe avere una funzione di indirizzo e controllo”. La posizione, affatto isolata, si sottopone tuttavia alla obiezione relativa alla possibilità di isolare una autonoma funzione di indirizzo, prescindendo cioè dalla sua collocazione in un procedimento.

129. Per cui cfr. M. STELLA RICHTER jr, *I comitati interni all'organo amministrativo*, cit., p. 271; V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, in *Diritto dei sistemi alternativi*, a cura di N. Abriani e V. Cariello, Torino, 2012, p. 331; G. RIOLFO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 608 ss. Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Intervento*, in *Un seminario sul sistema dualistico*, cit., p. 1264 ss., sul problema della compatibilità delle deleghe all'interno del consiglio di gestione con la previsione statutaria di cui alla lett. *f-bis*).

130. Della quale prendono espressamente atto le Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia in materia di governo societario delle banche nel caso in cui la supervisione strategica dell'impresa sia collocata dall'autonomia statutaria nel consiglio di sorveglianza, prevedendosi la necessità della costituzione del comitato di controllo interno: V. CALANDRA BUONAUORA, *Crisi finanziaria*, cit., p. 686 ss.; V. CARIELLO, *L'organizzazione interna del consiglio di sorveglianza*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, cit., p. 58 ss., p. 114 ss., ove la proposta di responsabilità aggravata per i componenti del comitato interno al consiglio di sorveglianza e la possibile previsione di singole competenze decisorie ai comitati. Contrario, invece, a ravvisare nella costituzione del comitato interno al consiglio di sorveglianza un'ipotesi di delega di funzioni P. MARCHETTI, *Controllo e gestione*, cit., p. 164 ss.

131. Così B. LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2005, p. 485.

132. P. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione*, cit., p. 131, precisa che il consiglio di sorveglianza è responsabile dell'agire dei consiglieri di gestione. Secondo V. CARIELLO, *Sulla responsabilità del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 55 ss., p. 61 ss., il mancato rinvio all'art. 2407 c.c. in tema di responsabilità del collegio sindacale si giustifica alla luce della specificità funzionale del consiglio di sorveglianza, più vicino alla vigilanza del consiglio di amministrazione di legalità e di merito.

interpretativa, che il consiglio di sorveglianza, a fronte della complessità della funzione ad esso riferita, risponda *in via concorrente per l'agire dei consiglieri di gestione*¹³³, ai quali la decisione è comunque imputata in via esclusiva (artt. 2409 – *terdecies*, comma 1, lett. *f-bis*) e comma 3, cod. civ.), in conseguenza di un *fatto* – alla stregua di quanto disposto per il collegio sindacale – riconducibile all'*inadempimento* a un *dovere*, e non a una scelta, come tale discrezionale¹³⁴. Del resto, anche nei casi in cui il consiglio di sorveglianza sia tenuto, per previsione statutaria, a deliberare sulle questioni a rilevanza strategica, la sua responsabilità si configura pur sempre rispetto al *dovere* di apportare le *condizioni* alla fase decisoria¹³⁵. Sicché una responsabilità “aggravata” del consiglio di sorveglianza non può ravvisarsi in un differente titolo giustificativo¹³⁶, a seconda dei casi di indirizzo o di controllo, idoneo a fondare l'adozione delle regole dell'agire degli amministratori¹³⁷ e dunque a riqualificare

133. Così come sottolineato anche da V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo*, cit., p. 555, il quale accenna alla possibilità che il potere di scegliere gli amministratori configuri un profilo di *culpa in eligendo*, così da sostituire il regime di irresponsabilità dell'assemblea nel sistema tradizionale. Conformi A. GUACCERO, *Commento sub art. 2409-terdecies*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 868 ss., pp. 900-901 e G. RIOLFO, *Il sistema dualistico*, cit., pp. 803-804, il quale sottolinea che la nomina dei componenti il consiglio di gestione rappresenta “la prima forma di controllo”. Nella linea della configurazione di una responsabilità esclusiva del consiglio di sorveglianza si v. invece A. BRIGANDI, *Commento sub art. 2409-terdecies*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, vol. 2, a cura di D.U. Santosuosso, Torino, 2015, p. 697 ss., p. 717; P. MAGNANI, *Commento sub art. 2409 – terdecies*, cit., p. 108 ss., p. 180 ss., la quale inoltre ritiene che la responsabilità concorrente del consiglio di sorveglianza non discende né è necessariamente commisurata a quella dei consiglieri di gestione. Cfr. anche R. SACCHI, *Intervento*, in *Un seminario sul sistema dualistico*, cit., p. 1256, il quale ritiene opportuno distinguere il regime della responsabilità a seconda della configurazione del ruolo del consiglio di sorveglianza.

134. Per questa distinzione si v. G. FERRI jr, *Le deleghe interne*, cit., p. 165 ss., a p. 181 ss. Diversa la posizione di V. CARIELLO, *Sulla responsabilità*, cit., p. 68, il quale definisce il consiglio di sorveglianza come “responsabile politico” della gestione strategica dell'impresa, ma appunta la responsabilità sulla “compartecipazione” alle decisioni del consiglio di gestione sulla base della considerazione che “esclusiva responsabilità non equivale a esclusiva competenza”. Si v. anche P. MONTALENTI, *Il modello dualistico*, cit., p. 697, per il quale “dalla responsabilità per omessa vigilanza su fatti o omissioni dannosi degli amministratori (art. 2409-terdecies, comma 3, cod. civ.) potrebbe farsi discendere, a fortiori, la responsabilità per autorizzazione di atti dannosi”.

135. Di contrario avviso V. CARIELLO, *Sulle responsabilità del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 73, il quale sostiene l'esistenza di un “ulteriore titolo di responsabilità” del consiglio di sorveglianza che porta a una “corresponsabilità per la gestione o direzione” strategiche dell'impresa.

136. Per cui si v. V. CARIELLO, *ibidem*, ID., *Il sistema dualistico*, cit., p. 517 ss., p. 521 ss.; F. BORDIGA, *La funzione del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 211, il quale configura altresì l'ipotesi di responsabilità esclusiva del consiglio di sorveglianza nell'ipotesi di esercizio di competenze proprie, quali la nomina e la revoca dei gestori e la previsione del loro compenso e G. RIOLFO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 799, il quale tuttavia sottolinea (ivi, a p. 805, p. 808) che nelle ipotesi di esercizio della funzione di indirizzo debole il consiglio di sorveglianza svolge una funzione di vigilanza e non di compartecipazione alla gestione. In senso critico rispetto alla tesi dell'aggravamento della responsabilità rispetto ai componenti i comitati costituiti all'interno del consiglio di sorveglianza, V. CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria*, cit., p. 692, testo e nota 68, e p. 693, il quale tuttavia aderisce alla distinzione delle responsabilità “da controllo” o “da gestione” nel caso in cui siano attribuiti al consiglio di sorveglianza compiti di supervisione strategica.

137. Secondo la tesi sostenuta anche da G. RIOLFO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 434 ss.

anche i termini in cui può essere sindacata la responsabilità¹³⁸, quanto perché la stessa si configura rispetto all'inadempimento dei doveri che derivano dalla specifica funzione, la quale si avvale di strumenti più incisivi dal punto di vista del *contributo causale* alla decisione imprenditoriale, seppure non per questo riqualificati¹³⁹. In tal senso, ad esempio, l'omessa revoca dei consiglieri di gestione è fonte di responsabilità del consiglio di sorveglianza qualora la condotta abbia *concorso* alla produzione del danno attraverso la mancata verifica di conformità agli obiettivi, che comunque si realizza per effetto di una decisione esclusivamente imputabile all'organo amministrativo¹⁴⁰.

La funzione di controllo del consiglio di sorveglianza si comprende allora per collocarsi in una specifica disciplina dell'esercizio dell'attività decisoria, che per un verso prevede la responsabilità esclusiva del consiglio di gestione per l'atto gestorio e per altro verso qualifica in termini di adempimento di un *dovere*, e non piuttosto in quelli di scelta imprenditoriale, la funzione del consiglio di sorveglianza, anche qualora la rilevanza del contributo causale della condotta sia rafforzata dalla disciplina statutaria (art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. *f-bis*), cod. civ.). E difatti il consiglio di sorveglianza, nell'esercitare la

138. Così testualmente V. CARIELLO, *Sulle responsabilità*, cit., p. 74: "sicchè, complessivamente, all'adozione della decisione, all'esercizio della funzione e dei poteri e all'adempimento dei doveri saranno applicate le regole di valutazione dell'agire (gestionale) imprenditoriale, ulteriormente qualificate dai parametri che presidono alla valutazione dell'adempimento di doveri di vigilanza (controllo) della gestione imprenditoriale", il quale in nota 46 puntualizza la facoltà di esonerare il consiglio di sorveglianza da responsabilità in applicazione della *business judgment rule*. Questa tesi è stata ripresa da F. BORDIGA, *La funzione del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 209 ss. e ID., *Commento sub art. 2403-terdecies*, cit., p. 1951.

139. Per una impostazione simile, ma che si fonda pur sempre sulla qualificazione del titolo della responsabilità gestoria o per attività di vigilanza, si v. L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo*, cit., p. 77. Cfr. anche F. BORDIGA, *La funzione del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 144 ss., il quale tuttavia ritiene che la revoca possa essere esercitata dal consiglio di sorveglianza in modo insindacabile, "pari a quello di una decisione imprenditoriale" e G. RIOLFO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 810, per il quale si ha un aggravamento della responsabilità e non un titolo autonomo nel caso in cui il consiglio di sorveglianza debba deliberare sulle operazioni strategiche.

140. Coerente è la posizione di M. LIBERTINI, *Funzione di controllo*, cit., p. 21, sul profilo della responsabilità, il quale ravvisa nella funzione amministrativa del consiglio di sorveglianza in ordine alle scelte strategiche un potere decisorio pieno. Nel medesimo senso anche P. MONTALENTI, *Il modello dualistico*, cit., p. 698, il quale ricostruisce nella delibera del consiglio di sorveglianza sia un potere di approvazione, sia un potere di autorizzazione, sia un potere di decisione. Quest'ultima prerogativa, nella prospettiva dell'Autore, troverebbe un temperamento nel dovere dei gestori di disapplicare le decisioni del consiglio di sorveglianza, alla stregua di quanto affermato in ordine al potere decisorio dell'assemblea nelle rispettive opere monografiche da V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985 e P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975. Si v., secondo l'analisi comparatistica del sistema dualistico, G.B. PORTALE, *Il modello dualistico di amministrazione e controllo. Profili storico-comparatistici*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 39 ss., a p. 54, e già ID., *Il sistema dualistico: dall'Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1861) alla riforma italiana della società per azioni (appunti per una comparazione della nuova governance delle banche italiane)*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, cit., p. 15 ss., p. 23, come anche per la dottrina germanica "rimane indiscussa la regola che la direzione tecnica ... e la gestione della società per azioni (*rectius*: dell'impresa azionaria) sono di competenza del *Vorstand* ... e che, pertanto, non possono essere trasferiti poteri gestori all'*Aufsichtsrat*... ancora oggi considerato essenzialmente "*Kontrollorgan*" della società".

vigilanza sulla decisione dei consiglieri di gestione, sottopone a verifica il procedimento stesso, all'esito del quale ha il *dovere* di rimuovere la funzione amministrativa quale specifico *strumento di controllo*, ma non di *sostituirsi* ad essa¹⁴¹.

Con ciò si spiega anche che l'enunciazione del dovere dei componenti il consiglio di sorveglianza "di adempiere i loro doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico" (art. 2409-terdecies, comma 3, cod. civ.) sia del tutto neutra quanto alla qualificazione della responsabilità, sia perché la medesima indicazione si trova riferita dall'art. 2407 cod. civ. anche al collegio sindacale, sia perché, a differenza di quest'ultimo¹⁴², l'ordinamento non disciplina un regime di responsabilità esclusiva del consiglio di sorveglianza¹⁴³. La diligenza richiesta ai consiglieri di sorveglianza rileva come modalità di adempimento dell'obbligazione tipica di un debitore, alla stregua di quanto previsto dall'art. 1176 cod. civ., ed è pertanto idonea, di per sé considerata, a integrare una giusta causa di revoca da esercitarsi da parte dell'assemblea dei soci, anche a prescindere dall'essersi prodotto un pregiudizio.

Questo tipo di ricostruzione si riflette in modo decisivo sulla rilevanza della funzione di vigilanza in sistemi imprenditoriali caratterizzati dalla separazione fra proprietà e controllo. Nel sistema dualistico il problema della delimitazione della discrezionalità dei gestori risulta circoscritto per un verso dalla previsione di una specifica disciplina dell'attività decisoria, che consente di sindacare in termini di *adempimento di un dovere* e non di scelta¹⁴⁴ la funzione di programmazione e controllo del consiglio di sorveglianza e per altro verso dalla attribuzione all'assemblea del potere di revocare (anche *ad nutum*) i componenti l'organo di controllo, in una articolazione che, *com-*

141. Si comprende così anche la sostanziale diversità della funzione del consiglio di sorveglianza rispetto a quella degli amministratori non esecutivi nel sistema tradizionale, i quali non hanno il potere di rimuovere i delegati dalla funzione gestoria, ma di organizzare la funzione amministrativa avocando la funzione delegata o revocando la delega. Nel senso del mantenimento della netta separazione dei poteri si pongono anche le Disposizioni di vigilanza di Banca d'Italia, come già osservato da M. LIBERTINI, *Il sistema dei controlli nelle banche*, cit., p. 68. Anche secondo ID., *La funzione di controllo*, cit., p. 24, il controllo del consiglio di sorveglianza non è sulla opportunità, bensì sulla legittimità, a meno che le scelte strategiche non siano state attribuite alla sua competenza dallo statuto. Propende invece per la configurazione del controllo di merito del consiglio di sorveglianza F. BORDIGA, *La funzione del consiglio di sorveglianza*, cit., p. 194 ss.

142. *Contra* G. RIOLFO, *Il sistema dualistico*, cit., p. 800 ss., il quale considera applicabile al consiglio di sorveglianza il medesimo regime di responsabilità esclusiva dei sindaci per la verità delle attestazioni o per violazione del segreto.

143. Seppure il regime di responsabilità esclusiva sia ravvisato dalla dottrina in conseguenza dell'affidamento al consiglio di sorveglianza di competenze che nel sistema tradizionale sono attribuite all'assemblea, quali l'approvazione del bilancio, la nomina, la revoca e la determinazione dei compensi degli amministratori, cfr. P. MAGNANI, *Commento sub art. 2409-terdecies*, cit., p. 181 testo e nota 117; F. BORDIGA, *Commento sub art. 2403-terdecies*, cit., p. 1949 ss.

144. Alla stregua quindi di una obbligazione di risultato e non di mezzi. Si v., per una posizione vicina a quella qui sostenuta, F. DENOZZA, *Intervento*, cit., p. 1244, secondo il quale il sistema dualistico acquisisce un senso preciso se si concepisce il consiglio di sorveglianza come "strumento raffinato per revocare gli amministratori".

plessivamente considerata, può essere idonea a riprodurre lo schema dell'affidamento della cura di interessi¹⁴⁵.

5. Emerge da quanto considerato che il principio di esclusività del potere di gestione, se inteso nei termini di esclusività dell'imputazione dell'atto gestorio, vede tuttavia modificata la sua portata in relazione alla diversa collocazione della funzione di controllo nella disciplina dell'esercizio dell'attività decisoria. Alcune brevi osservazioni possono essere rivolte in questa linea al sistema monistico in cui risulta ancora più valorizzata, nella nostra prospettiva, la rilevanza del *momento* del controllo rispetto a una specifica disciplina del potere.

Nel modello in parola l'assemblea ha il compito di nominare e revocare gli amministratori, ne determina il compenso, verifica il loro operato in sede di approvazione del bilancio, mentre la *funzione* di vigilanza¹⁴⁶ è affidata a un ufficio interno al consiglio di amministrazione, i cui componenti sono nominati, salva diversa previsione statutaria, dagli amministratori stessi¹⁴⁷. È in proposito significativo che il comitato per il controllo sulla gestione non svolga, come il collegio sindacale, un ruolo conoscitivo nei confronti dei soci: al di là dell'ipotesi dedotta all'art. 2408 cod. civ., il comitato ad esempio non è obbligato, quale autonomo ufficio, a provvedere alla convocazione dell'assemblea, se non per la circostanza che ai suoi componenti tale dovere incombe in qualità di amministratori. Ed è altresì rilevante che l'art. 153 T.U.F. disponga che sia il collegio sindacale, sia il comitato per il controllo sulla gestione abbiano l'obbligo di riferire sull'attività di vigilanza svolta all'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio delle società quotate, ma che solo il collegio sindacale, e non anche il comitato di controllo, abbia il potere di fare

145. Cfr. L. SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2, Torino, 2007, p. 685 ss., p. 723 ss. Rileva P. ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia*, cit., p. 4, che la "marginalizzazione" degli azionisti di minoranza si accentua nel sistema dualistico anche per la mancata previsione dell'azione di responsabilità da parte dei soci. Ma su quest'ultimo punto di contrario avviso R. SACCHI, *Intervento*, cit., p. 1255.

146. Sottolineano la rilevanza del termine *vigilare* rispetto alla *valutazione* richiesta a ogni amministratore B. LIBONATI, *Noterelle*, cit., p. 447 e M. LIBERTINI, *La funzione*, cit., p. 27.

147. Per quanto riguarda la revoca dei componenti il comitato di controllo cfr. P. VALENSISE, *Commento sub art. 2409-octiesdecies*, in *La riforma delle società. Commentario*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 740 ss., p. 742, secondo il quale il potere spetterebbe esclusivamente all'assemblea per effetto del rinvio operato dall'art. 2409-noviesdecies, comma 1, cod. civ. all'art. 2383, comma 3, cod. civ.; conforme G. RIOLFO, *Il sistema monistico nelle società di capitali e cooperative*, nel *Trattato di diritto commerciale e di dir. pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2010, p. 98. Propendono invece per riconoscere al consiglio di amministrazione il potere di revoca dall'incarico di componenti il comitato di controllo T. DI MARCELLO, *Sistema monistico e organizzazione delle società di capitali*, Milano, 2013, p. 200 ss. e F. GHEZZI – M. RIGOTTI, *Commento sub art. 2409-octiesdecies*, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di F. Ghezzi, cit., p. 248 ss., p. 252. Per F. MANCUSO, *Commento sub art. 2409-octiesdecies*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, p. 1980 ss., p. 1981, occorre tenere distinte le ipotesi a seconda che la revoca riguardi solo l'incarico di componente del comitato per il controllo sulla gestione e non anche la carica di amministratore.

proposte sul bilancio, sulla sua approvazione e, in particolare, sulle “materie di propria competenza”¹⁴⁸.

L'esigenza di *obiettivazione* delle decisioni imprenditoriali è dunque conseguita nel modello monistico esclusivamente attraverso l'affidamento dell'amministrazione e del controllo a tecnici indipendenti¹⁴⁹, fiduciari dei soci. Il potere dell'assemblea di revocare gli amministratori, anche qualora siano componenti il comitato per il controllo sulla gestione, non assistita dalle medesime cautele prescritte per i sindaci, può essere letta non tanto come esercizio di un potere di controllo potenzialmente illimitato da parte della maggioranza assembleare¹⁵⁰, e quindi come corrispondente manifestazione di un potere amministrativo, bensì alla luce del venir meno del rapporto *fiduciario* intercorso fra i soci e gli amministratori da loro nominati¹⁵¹. Rapporto, questo, la cui intensità giustifica l'affidamento a questi ultimi del compito di nominare (e revocare) i componenti il comitato per il controllo, ma che, nell'attribuire loro uno specifico *dovere*, configura una altrettanto circostanziata responsabilità.

L'immagine complessiva che si ricava dal sistema monistico è quella di una maggiore fluidità dell'attività decisoria nella sottoposizione del momento del controllo al metodo collegiale, con evidenti riflessi sul piano della confluenza dell'informazione in consiglio, non esclusivamente somministrata dai delegati, ma assunta anche *in via diretta* per la previsione di un ufficio di controllo interno che consente di apportare alla decisione gli esiti della vigilanza sull'attività (art. 2409-*octiesdecies*, comma 5, lett. *b*), cod. civ.)¹⁵². La mancata previsione di poteri individuali di ispezione e controllo per

148. Cfr. A. GUACCERO – T. DI MARCELLO, *Commento sub artt. 2409-sexiesdecies – 2409-noviesdecies*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle società – dell'azienda – della concorrenza*, vol. II, a cura di D. U. Santosuosso, Torino, 2015, p. 724 ss., p. 771, secondo i quali il comitato, anche nelle società chiuse, così come il collegio sindacale, è tenuto a presentare all'assemblea una relazione annuale sull'attività svolta.

149. Sulla centralità del requisito di indipendenza nel sistema monistico cfr., da ultimo, N. ABRIANI, *Indipendenza ed autonomia del Comitato per il controllo sulla gestione tra disciplina legale e regole statutarie*, in *AGE*, 2016, p. 145 ss. e già F. GHEZZI, *Commento sub art. 2409-sptiesdecies*, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di F. Ghezzi, cit., p. 219 ss., p. 223 ss.; G. STRAMPELLI, *Sistemi di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, cit., p. 277 ss., pp. 299-300, il quale sottolinea che nel sistema monistico è il requisito di indipendenza a individuare il discrimine fra amministrazione e controllo; A. VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico. Amministratori indipendenti e funzioni di controllo*, Milano, 2006, p. 120 ss.

150. La lettura del sistema monistico come modello idoneo a rafforzare il potere di influenza della proprietà è particolarmente esaltata da L. SCHIUMA, *Il sistema monistico: il consiglio di amministrazione ed il comitato per il controllo sulla gestione*, in *La governance delle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, diretto da M. Vietti, Milano, 2013, p. 489 ss., p. 500.

151. Possono in proposito ricordarsi le parole di B. LIBONATI, *Noterelle a margine dei sistemi di amministrazione*, cit., p. 458: “La necessità di affidarsi a tecnici terzi si manifesta allora quasi per mancanza di altri mezzi di composizione degli orientamenti di coloro che hanno il potere di nominare i gestori; in una ricerca di obiettività d'azione che premiando l'efficienza dell'impresa premi anche chi l'abbia finanziata e voglia vedere, per effetto del risultato raggiunto nell'attività economica ben guidata, aumentare il valore del suo investimento e soddisfatta l'attesa a ritorni periodici consistenti”. Per la tesi che al contrario collega la stabilità reale alla indipendenza dell'organo cfr. P. SPADA, *Diritto commerciale. II – Elementi*, Padova, 2009, p. 48; N. ABRIANI, *Verso una riforma della disciplina sui controlli interni*, cit., p. 109 ss.

152. Cfr. M. LIBERTINI, *La funzione di controllo*, cit., p. 29.

i componenti il comitato potrebbe quindi iscriversi non a una inferiore efficacia del controllo rispetto a quello esercitato dai sindaci¹⁵³, bensì a una *diversa* articolazione del procedimento che si riflette invece, in questa logica, sulla portata del dovere di agire informato disposto all'art. 2381, comma 6, cod. civ.¹⁵⁴

Al contrario da quanto da più parti si afferma¹⁵⁵, nel sistema monistico la funzione di vigilanza è enfatizzata¹⁵⁶ dallo strumento della collegialità. Questo profilo consente di valutare l'efficacia del controllo, non rispetto alla dialettica fra organi, tendenzialmente *disponibile*, come si è visto, nei modelli tradizionale e dualistico, bensì attraverso il corretto funzionamento del metodo collegiale, che rileva quale *principio organizzativo* dell'attività decisionale¹⁵⁷ e che si manifesta a carattere *necessario* proprio con riferimento all'esercizio della funzione di controllo¹⁵⁸. Ciò con la conseguenza che nel sistema monistico si *sottrae*

153. Si v. ID., *La funzione di controllo*, cit., p. 25 ss., che definisce come vera e propria “lacuna assiologica” il mancato rinvio ai doveri del collegio sindacale di cui all'art. 2403 cod. civ.; V. CALANDRA BUONAURO, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, cit., p. 556; S. FORTUNATO, *I «controlli» nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 863 ss, p. 885; F. GHEZZI, *Commento sub art. 2409-sexiesdecies*, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di F. Ghezzi, cit., p. 191 ss., p. 215; F. GHEZZI – M. RIGOTTI, *Commento sub art. 2409-octiesdecies*, cit., p. 249; M. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati*, cit., p. 300 ss.; L.A. BIANCHI, *Il modello monistico è più efficiente di quello tradizionale? Appunti per una ricerca*, in *AGE*, 2016, p. 23 ss.; R. LENER, *Monistico come modello ottimale per le quotate? Qualche riflessione a margine del rapporto Consob sulla «corporate governance»*, in *AGE*, 2016, p. 35 ss. Al contrario, nel senso del superamento delle lacune della disciplina e per una visione complessivamente favorevole al sistema monistico cfr. N. ABRIANI, *Il sistema monistico*, in *Le società per azioni, Tratt. Dir. comm.* diretto da G. Cottino, IV, 1, Padova, 2010, p. 879; T. DI MARCELLO, *Sistema monistico*, cit., *passim* p. 46 ss., p. 56; P. MARCHETTI, *Tanto tuono che piove. Intesa San Paolo e il monistico*, in *AGE*, 2016, p. 9 ss., in specie a p. 14 ss.; S. ALVARO-D. D'ERAMO-G. GASPARRI, *Modelli di amministrazione e controllo nelle società quotate. Aspetti comparatistici e linee evolutive*, *Quaderno giuridico Consob* n. 7, Roma, 2015; M. IRRERA, *Aspetti organizzativi e sistema monistico*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 526 ss., p. 532 ss.; D. REGOLI, *La funzione di controllo nel sistema monistico*, cit., p. 586 ss., p. 590 ss. Per quanto riguarda la mancata previsione di poteri ispettivi e di controllo dei componenti il comitato nelle società chiuse v. T. DI MARCELLO, *Sistema monistico*, cit., 223 ss. e A. GUACCERO – T. DI MARCELLO, *Commento sub art. 2409-sexiesdecies – 2409-noviesdecies*, cit., pp. 768-769, p. 774 ss., i quali ritengono estensibile la disciplina dell'art. 151-ter T.U.F. in quanto, nel caso specifico, espressiva di principi di carattere generale. Tale previsione riconduce tuttavia i poteri ispettivi e di controllo al comitato, quindi in sede collegiale, mentre estende anche a livello individuale i soli poteri informativi nei confronti degli altri amministratori o degli organi di amministrazione e controllo di società controllate.

154. In questo senso anche F. GHEZZI – M. RIGOTTI, *Commento sub art. 2409-octiesdecies*, cit., p. 312.

155. Cfr. M. LIBERTINI, *Funzione di controllo*, cit., p. 25 ss.; S. FORTUNATO, *I «controlli» nella riforma del diritto societario*, cit., p. 889 ss.; V. CALANDRA BUONAURO, *I modelli di amministrazione e controllo*, cit., p. 547; per il relativo dibattito all'esito della riforma organica del 2003 cfr. F. GHEZZI, *Commento sub art. 2409-sexiesdecies*, cit., p. 210 ss. Secondo L. SCHIUMA, *Il sistema monistico*, cit., p. 508 ss., la peculiarità del controllo nel sistema monistico è quella di “*vigilanza orientata precipuamente a sostegno di una corretta gestione, a favore di decisioni consapevoli*”, che invece non sarebbe riferibile al collegio sindacale. Sottolinea la peculiarità della funzione di controllo nel sistema monistico anche T. DI MARCELLO, *Sistema monistico*, cit., p. 42 ss.

156. L'espressione è utilizzata anche da B. LIBONATI, *Noterelle a margine*, cit., pp. 447-448, p. 450.

157. Nella prospettiva di P. FERRO-LUZZI, *La conformità*, cit., p. 38, anche G. FERRI jr, *Le deleghe interne*, cit., p. 234, il quale ribadisce che “la collegialità rappresenta una disciplina diretta a programmare (cioè a permettere uno svolgimento programmato dell)attività di un gruppo di soggetti”.

158. In questi termini B. LIBONATI, *Noterelle a margine*, cit., p. 448. Cfr., più in generale, P. FERRO-LUZZI, *La conformità*, cit., p. 42 ss., a p. 45.

al potere discrezionale degli amministratori (e, a ben vedere, anche dei soci) proprio la possibilità di far confluire il momento del controllo nella decisione sulla organizzazione dell'attività. Questa circostanza è poi particolarmente significativa rispetto alla efficacia del sistema di controllo interno, ovvero di quel sistema funzionale ad apportare le informazioni nel processo decisionale, che nel sistema monistico assume rilevanza centrale sia come oggetto di organizzazione, sia come destinatario della vigilanza.

Il che tuttavia non vale a connotare la funzione del comitato come controllo di merito¹⁵⁹, bensì consente di far confluire, con metodo collegiale, il giudizio su cui si appunta la vigilanza *in occasione* della decisione di merito. Seppure, difatti, i due momenti della amministrazione e del controllo costituiscano oggetto di attività distinte, nel sistema monistico si verifica la peculiare circostanza che il giudizio derivante dalla vigilanza sull'adeguatezza della struttura organizzativa, sul sistema di controllo interno e sul sistema amministrativo e contabile¹⁶⁰, confluisce nell'attività decisoria con uno strumento ulteriore, attraverso cioè l'esercizio del voto.

Ne deriva *per un verso* la "linearità dei comportamenti dovuti e attesi", secondo un procedimento necessario e distinto da quello della delega di funzioni¹⁶¹, e conseguentemente la possibilità di graduare¹⁶² le responsabilità in base alla "natura dell'incarico" affidato agli amministratori, nei termini, a seconda della diversa funzione affidata, dell'inadempimento a un dovere o di responsabilità per una scelta¹⁶³; *per altro verso* il metodo collegiale sottolinea l'*indisponibilità* da parte degli amministratori della rilevanza

159. M. LIBERTINI, *La funzione di controllo*, cit., p. 28, opportunamente rileva che il controllo di merito, inteso come formulazione di atti di indirizzo sulla gestione deve intendersi di competenza del *plenum* consiliare. Si v. N. ABRIANI, *Indipendenza ed autonomia*, cit., p. 149, per la valorizzazione della funzione del comitato nei termini di "vigilare per consigliare".

160. E sul loro concreto funzionamento, come osservato da A. GUACCERO – T. DI MARCELLO, *Commento sub artt. 2409-sexiesdecies – 2409-noviesdecies*, cit., a p. 767; conformi F. MANCUSO, *op. cit.*, p. 1985; D. REGOLI, *La funzione di controllo*, cit., p. 590.

161. Le parole citate sono di B. LIBONATI, *Noterelle a margine*, cit., p. 448, il quale precisa che la previsione del comitato per il controllo sulla gestione non configura un'ipotesi di delega di funzioni. In questo senso anche C. MOSCA, *I principi di funzionamento del sistema monistico*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2, Torino, 2006, p. 735 ss., p. 760 in nt. 78; F. GHEZZI – M. RIGOTTI, *Commento sub art. 2409-octiesdecies*, cit., p. 250 ss., e, nello stesso senso, parrebbe, anche A. VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico*, cit., p. 334, seppure definisca il comitato come organo delegato. Per l'autonomia organica del comitato di controllo sulla gestione cfr. G. RIOLFO, *Il sistema monistico*, cit., p. 84 ss. Sottolinea G. FERRI jr, *Le deleghe interne*, cit., p. 173, seppure rispetto al tema della delega, che la collegialità non impedisce, anzi consente, l'operatività della ripartizione delle funzioni.

162. Per cui cfr. A. GUACCERO – T. DI MARCELLO, *Commento sub artt. 2409-sexiesdecies – 2409-noviesdecies*, cit., p. 781 ss.; F. MANCUSO, *op. cit.*, p. 1989 ss.; D. REGOLI, *La funzione di controllo nel sistema monistico*, cit., p. 606. Sottolinea B. LIBONATI, *Noterelle*, cit., p. 466, che rispetto ai componenti il comitato per il controllo sulla gestione emerge innanzitutto il problema della responsabilità per l'organizzazione della propria specifica attività.

163. In questo senso anche F. GHEZZI – M. RIGOTTI, *Commento sub art. 2409-octiesdecies*, cit., p. 320 ss. Distinzione, quella fra responsabilità per inadempimento o per colpa, che, nell'ambito della delega di funzioni, secondo G. FERRI jr, *Le deleghe interne*, cit., part. p. 256 ss., configura la responsabilità aggravata degli amministratori non esecutivi i quali sono chiamati a rispondere per inadempimento e non per colpa. Sul tema della responsabilità del comitato per il controllo sulla gestione cfr. anche L. SCHIUMA, *Il sistema monistico*, cit., p. 535 ss.

del controllo nella disciplina dell'esercizio dell'attività decisoria e, conseguentemente, *degli interessi* che con tale metodo si intende tutelare¹⁶⁴.

164. Cfr. P. FERRO-LUZZI, *La conformità*, cit., p. 45. La pluralità degli interessi è peraltro valorizzata dalla mancanza del potere dei soci di disciplinare l'attività decisoria, diversamente da quanto previsto nel sistema dualistico.

SOMMARIO

TOMO I

Principi, regole e interpretazione

Bellizzi di San Lorenzo, A., <i>Il bene giuridico alimentare</i>	11
Busnelli, F.D., <i>Riscoprire Salvatore Romano</i>	21
Caponi, R., <i>Giudicato civile e identità nazionale</i>	31
Cartei, G.F., <i>“Il suolo tra tutela e consumo”. Il Testo Unico dell’Ambiente a dieci anni della sua approvazione</i>	37
Chiaromonte, W., Vallauri, M.L., <i>Lo stress lavoro-correlato fra definizione del rischio ed articolazione delle tutele. Uno sguardo ai settori del telemarketing e del trasporto passeggeri</i>	49
Conti, C., <i>Il principio del contraddittorio</i>	97
Di Marzio, F., <i>Appunti su legalità e giustizia</i>	115
Donati, F., <i>Fake news e libertà di informazione</i>	125
Favale, R., <i>Dalla dottrina alla giurisprudenza e ritorno</i>	133
Felicioni, P., <i>Considerazioni sul processo penale bifasico</i>	153
Gambaro, A., <i>Note in tema di uso forense dei precedenti giudiziari</i>	173
Gasparri, W., <i>La consensualità nel governo del territorio quale forma di redistribuzione: potere di conformazione della proprietà e perequazione</i>	183
Gentili, A., <i>Quale modello giuridico per i beni culturali?</i>	225
Giunta, F., <i>La prescrizione del reato ovvero la causa estintiva che visse due volte</i>	233
Gutiérrez Santiago, P., <i>La interpretación «auténtica» del contrato</i>	239
Lipari, N., <i>Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale</i>	261
Lopez y Lopez, A., <i>Recuperemos el juicio (Una reflexión sobre la actividad judicial hoy)</i>	279
Morbidelli, G., <i>Il criterio dell’implicito nel diritto amministrativo e la sua dialettica con il principio di legalità</i>	297
Palazzo, F., <i>Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale</i>	311
Papa M., <i>La tipicità iconografica della fattispecie e l’interpretazione del giudice La tradizione illuministica e le sfide del presente</i>	329
Pastore, B., <i>Fonti del diritto e comunità interpretativa</i>	343
Perlingieri, P., <i>Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico</i>	355
Picchi, M., <i>La motivazione della legge. Un tema ozioso e inutile, anzi problematico e scomodo per molti, eppure fondamentale e sempre più attuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale</i>	373
Ruschi, F., <i>Il proconsole Cicerone, riflessioni su eunomia e ostilità</i>	393
Silvestri, C., <i>Profili evolutivi del diritto alla prova</i>	417
Somma, A., <i>Stato del benessere o emancipazione? Lavoro e diritto negli Stati Uniti della prima metà del Novecento</i>	439
Stolzi, I., <i>Interpretazione e prassi notarile: un profilo storico</i>	467
Tonini, P., <i>Indagini difensive e diritto alla privacy: una problematica risalente appena sfiorata dalla legge Gelli</i>	483
Zaccaria, G., <i>Interpretazione letterale, pluralità dei contesti giuridici e teorie del significato</i>	497

Famiglie e successioni

Bellelli, A., <i>Coppie omogenitoriali e tutela dei figli</i>	521
Bonilini, G., <i>Unione civile, convivenze di fatto e successione mortis causa</i>	529
Bucelli, A., <i>Sull’impresa familiare nella convivenza di fatto</i>	549
Clarizia, R., <i>Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento</i>	557
Corsi, C., <i>La tutela dell’unità familiare nel diritto degli stranieri. Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali</i>	573
De Verda, J.R., <i>La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)</i>	591

TOMO II

Diez Garcia, H., <i>La adquisición del legado en el código civil español (art. 881) e italiano (art. 649) ¿dos sistemas diferentes o semejantes?</i>	9
Franceschelli, V., <i>Famiglia, convivenza e famiglia di fatto</i>	25
Gigliotti, F., <i>Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)</i>	33
Giunti, P., <i>Il “best interest of the child”. Una conquista del presente in dialogo con il passato</i>	67
Gulina, G., <i>Testamento e officium pietatis in Cicerone</i>	77
Lopes Pegna, O., <i>Riqualficazione del matrimonio same-sex estero in unione civile «italiana»: una soluzione irragionevole</i>	95
Mattei, U., <i>Il poliamore e i beni comuni. Primissime riflessioni</i>	105
Ordas Alonso, M., <i>Los alimentos debidos a los hijos menores de edad en los supuestos de atribución de una guarda y custodia compartida en el ordenamiento jurídico español</i>	117
Paradiso, M., <i>Convivenza di fatto e solidarietà economica</i>	129
Patti, S., <i>Le convivenze “di fatto” tra normativa di tutela e regime opzionale</i>	139
Quadri, E., <i>“Convivenze” e “contratto di convivenza”</i>	151
Re L., <i>La violenza contro le donne come violazione dei diritti umani. Il ruolo dei movimenti delle donne e il gender mainstreaming</i>	171
Rizzuti, M., <i>Patti successori prematrimoniali</i>	187
Roselli, O., <i>“Libertà e famiglia”. Oltre i recinti disciplinari: sensibilità costituzionalistica di un civilista</i>	211
Scalisi, V., <i>Maternità surrogata come far cose con regole</i>	219
Sesta, M., <i>La famiglia tra funzione sociale e interessi individuali</i>	235
Tamburi, F., <i>Un filosofo di fronte all’interpretatio prudentium: visioni contrapposte sul valore nominale dell’hereditas</i>	245
Tarli Barbieri, G., <i>Votare a sedici anni? Le implicazioni costituzionali nel caso italiano</i>	265
Vallini, A., <i>Il diritto penale alla prova di “vecchi” e “nuovi” paradigmi familiari</i>	283
 Contratti e obbligazioni	
Alcaro, F., <i>Il problema della ‘causa’ tra dogmi e revisioni</i>	311
Alpa, G., <i>Il controllo giudiziale del contratto e l’interpretazione</i>	335
Angelici, C., <i>Variazioni su usucapione e impresa</i>	365
Bozzi, L., <i>Liberalità non donative e contratto a favore di terzo. Ammissibilità e forma di una expressio causae successiva</i>	385
Calvo, R., <i>Autonomia negoziale e locazione non abitativa: contributo allo studio delle clausole di adeguamento del canone e di rinuncia all’indennità di avviamento</i>	419
Caredda, V., <i>Sulle oscillazioni applicative del concorso del fatto colposo del creditore</i>	429
Chianale, A., <i>Il privilegio industriale per il credito agevolato (d.lgs. n. 1075 del 1947)</i>	443
Ciatti Càimi, A., <i>Premesse storiche a un’indagine sulla pubblicità immobiliare</i>	457
Conte, G., <i>Sulla libertà dei privati di configurare il procedimento di formazione del contratto: rimeditando la lezione di Salvatore Romano</i>	471
Corrias, P., <i>La natura delle polizze linked tra previdenza, risparmio e investimento</i>	491
Cuffaro, V., <i>Rent to buy e locazione di scopo</i>	501
D’Amico, G., <i>“Giustizia contrattuale”: considerazioni preliminari dalla prospettiva del civilista</i>	515
Del Prato, E., <i>Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette</i>	533
Ferri, G., <i>Società di fatto e imprenditore occulto</i>	567
Franco, R., <i>Il conflitto – in sede di espropriazione forzata – tra creditore ipotecario e: a) il locatario; b) l’assegnatario della casa familiare. Incertezze ricostruttive, profili sistematici ed incidenze applicative. Una rivoluzione (?) nel sistema dell’esecuzione forzata</i>	581
Furguele, L., <i>Funzione di controllo e procedimento nei sistemi di amministrazione della società per azioni: prime considerazioni</i>	617

TOMO III

Fusaro, A., <i>I contratti immobiliari della crisi e l'apporto della prassi notarile alla formazione del diritto vivente</i>	9
Gabrielli, E., <i>Appunti sulle autotutele contrattuali</i>	17
Gallo, P., <i>Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto</i>	57
Guizzi, G., <i>Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta</i>	71
Landini, S., <i>Pubblicità immobiliare e procedimento</i>	83
Lombardi, E., <i>Valutazioni a margine della teoria della cosa: la considerazione comune e giuridica della res in una prospettiva di ontologia terminologica</i>	103
Lucarelli, P., <i>Crisi del contratto commerciale e produzione privata dei rimedi</i>	131
Luminoso, A., <i>Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva</i>	147
Monticelli, S., <i>I negozi solutori nel quadro complesso delle vicende estintive dell'obbligazione: problematiche notarili</i>	167
Nazzaro, A.C., <i>Il rent to buy di azienda: specificità dell'oggetto e funzioni (possibili) del contratto</i>	183
Nivarra, L., <i>Il contratto "disciplinato" e la concorrenza totale: legge, giudici e libertà dei privati al tempo della UE</i>	201
Pagliardini, S., <i>Ancora sull'art. 2929-bis c.c. (nel canone di Mauro Bove): è vero ma... (l'opinione del civilista e la "crisi" della fattispecie)</i>	209
Pagni, I., <i>Le nuove regole processuali della responsabilità civile sanitaria dopo la L. 8 marzo 2017, n. 28 (tra tentativo obbligatorio di conciliazione e ricorso ex art. 702-bis c.p.c.)</i>	221
Palazzo, M., <i>I criteri di configurazione della responsabilità civile del notaio nelle interpretazioni della recente giurisprudenza di legittimità</i>	251
Palermo, G., <i>Contributo allo studio della responsabilità per danno non patrimoniale</i>	267
Pennasilico, M., <i>Contratto e giustizia dello scambio nella prospettiva ermeneutica</i>	279
Perlingieri, G., <i>L'attualità del «Discorso preliminare» di Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie</i>	309
Ponzanelli, G., <i>Quale futuro per i danni punitivi?</i>	351
Procida Mirabelli Di Lauro, A., <i>L'obbligazione nel sistema dei rimedi</i>	359
Proto Pisani, A., <i>Oggetto del processo e oggetto del giudicato nelle azioni contrattuali</i>	393
Putorti, V., <i>Rifuto anticipato di adempiere e tutela del creditore</i>	401
Ravizza, M., <i>In tema di iniuria</i>	421
Romano, R., <i>La donazione di beni altrui nella attuale giurisprudenza di legittimità. Spunti per una controlettura procedimentale</i>	441
Salanito, U., <i>Ritorno a Gorla. Revoca della proposta e risarcimento del danno</i>	449
Salvi, G., <i>Usura sopravvenuta: orizzonti ermeneutici in attesa delle Sezioni unite</i>	477
Scognamiglio, C., <i>La nuova legge sulla responsabilità sanitaria: quale modello di responsabilità?</i>	497
Sirena, P., <i>Il ruolo dell'arbitro bancario finanziario nella regolazione del mercato creditizio</i>	511
Stella Richter, M., <i>L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali</i>	523
Tanimoto, K., <i>La grande riforma del codice civile e la direzione del diritto del contratto col consumatore in Giappone</i>	551
Tesi, G., <i>Attività contrattuale e interessi del terzo: brevi riflessioni sull'attuale valenza del principio di relatività degli effetti del contratto</i>	563
Vettori, G., <i>L'evoluzione dei Rimedi nel dialogo fra legge e giudice</i>	589
Viciani, S., <i>Obblighi di informazione e trasparenza in ambito contrattuale</i>	599
Zaccaria, A., <i>Contatto sociale e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci</i>	611