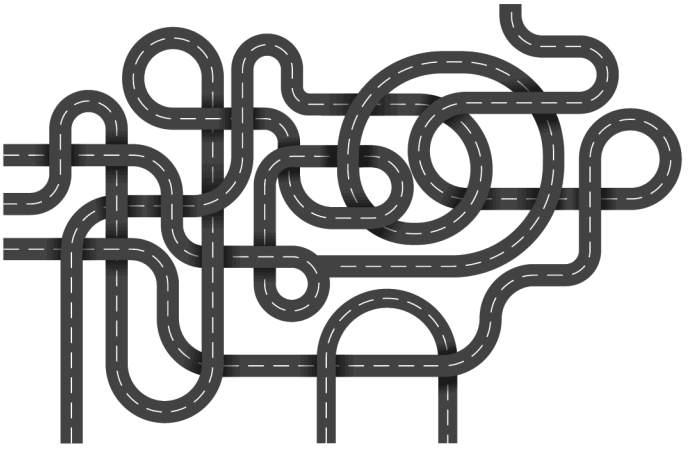
I POTERI PRIVATI E IL DIRITTO DELLA REGOLAZIONE



A cura di
Pietro Sirena
Andrea Zoppini

Studies in Law and Social Sciences **4**

Studies in Law & Social Sciences
4

I poteri privati e il diritto della regolazione

A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca

a cura di
Pietro Sirena e Andrea Zoppini

RomaTrE-Press
2018

L'opera è stata pubblicata grazie al contributo del Centro di eccellenza in diritto europeo "Giovanni Pugliese" dell'Università degli studi di Roma Tre.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, giugno 2018
ISBN: 978-88-94376-31-9

http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

Guido Alpa • Carlo Angelici • Adolfo di Majo • Nicolò Lipari
Salvatore Mazzamuto • Pietro Rescigno

Coordinatore
Andrea Zoppini

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series *sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the "Law and…" methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.*

Indice

PREMESSA 1

I POTERI PRIVATI E LE FONTI DEL DIRITTO

Mauro Grondona, *Poteri dei privati, fonti e trasformazioni del diritto: alla ricerca di un nuovo ordine concettuale* 5

Michele Spanò, *Istituire o regolare? Le autorità private e la crisi della "topologia moderna"* 29

I POTERI PRIVATI NEI RAPPORTI ORGANIZZATIVI

Andrea Fusaro, *L'autonomia organizzativa negli Enti del Terzo Settore* 41

Francesco Bacchini, *Indisponibilità del tipo lavoro subordinato e potere del regolamento interno nelle cooperative di produzione e lavoro* 55

Alessandra Quarta, *L'espulsione del socio dal partito tra risoluzione e sanzione: nuovi profili civilistici della disattivazione dell'account* 79

Martina D'Onofrio, *L'esportabilità della disciplina del dolo incidente a tutela del socio di minoranza danneggiato dall'abuso di potere della maggioranza* 93

I POTERI PRIVATI NEI RAPPORTI FAMILIARI

Antonina Astone, *"L'autorità di diritto" dei genitori nel passaggio dalla patria potestà alla genitorialità responsabile* 107

Gianni Ballarani, *Contenuti e limiti alla autonomia privata in ambito familiare tra sussidiarietà ed esigenze di tutela degli interessi dei soggetti deboli* 135

Mirzia Bianca, *La buona fede nei rapporti familiari* 159

Carlos Lasarte, *Autonomia privata e norme imperative nelle relazioni familiari contemporanee* 179

Marco Rizzuti, *Che cosa rimane delle potestà familiari?* 191

Antonio Vercellone, *Oltre le obbligazioni naturali. Poteri privati, distribuzione, regolazione: le unioni di fatto come rapporto contrattuale* 217

I POTERI PRIVATI, PERSONA E SUCCESSIONI

Massimo Foglia, *Autodeterminazione terapeutica e poteri della persona nella relazione di cura* 245

Luigi Nonne, *Fondamento sistematico, natura giuridica e disciplina della clausola penale testamentaria* 263

Alberto Venturelli, *Gli accordi di interpretazione del testamento* 311

I POTERI PRIVATI NEI RAPPORTI CONTRATTUALI

Tommaso dalla Massara, *La determinazione di segmenti contrattuali da parte del terzo attraverso la lente di lettura delle autorità private: un'ipotesi di lavoro in tema di arbitraggio* 353

Edoardo Ferrante, *Il consenso contrattuale e le sue gradazioni: l'esempio dell'interpretazione contro l'autore della clausola* 367

Francesco Longobucco, *Donazione con riserva di disporre e sopravvenienze meritevoli nel rapporto: dal dogma dell'irrevocabilità alla gestione negoziale dell'effetto* 409

Valerio Brizzolari - Chiara Cersosimo, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"* 433

I POTERI PRIVATI NEI RAPPORTI DI MERCATO

Alberto Maria Benedetti, *Il* ius variandi *nei contratti bancari esiste davvero?* 469

Mariassunta Imbrenda, *Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle* Authorities 479

Andrea Nervi, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato* 507

Federica Boncristiano, *Autorità private e mercati finanziari: il caso dei portali di* equity crowdfunding 529

Silvia Martinelli, *L'autorità privata del provider* 555

Paola Romito, *Autorità e autonomia privata della pubblica amministrazione* 569

Premessa

A 40 anni dalla sua pubblicazione, il volume di Cesare Massimo Bianca su «Le autorità private» (Biblioteca di diritto privato ordinata da Pietro Rescigno, Jovene, Napoli, 1977) mostra ancora l'estrema attualità di una riflessione sull'incidenza del potere privato – «di diritto», o anche meramente «di fatto» – nei rapporti tra consociati; sulle tecniche a disposizione dell'ordinamento giuridico per la tutela di interessi generali, collettivi e individuali; sulle ripercussioni che tali svolgimenti possono avere rispetto alle categorie tradizionalmente a disposizione del giusprivatista. Questa prospettiva d'indagine – invitando a rivisitare la classica lettura che contrappone(va) un diritto privato dell'eguaglianza a un diritto pubblico dell'autorità – si intreccia in modo significativo con le più recenti analisi del «diritto della regolazione», nel quale si può oggi scorgere la più compiuta realizzazione di quel «diritto economico dei rapporti di impresa, compenetrazione di tecniche pubbliche e private» già efficacemente tratteggiato nella pagina di Bianca.

Il «diritto privato regolatorio» muove oggi dai principî immanenti dell'ordinamento dell'Unione europea, dalle libertà fondamentali dei Trattati, dalla disciplina dei mercati regolamentati, dalla trama di precetti che conformano i rapporti contrattuali tra imprese e, poi, tra imprese e consumatori. In questi contesti, la norma imperativa, espressione di istanze di realizzazione dell'individuo e di effettività della dinamica concorrenziale, innerva il rapporto privatistico, piegando l'autonomia dei consociati al perseguimento di obiettivi di rilievo pubblicistico, ulteriori rispetto agli interessi dei soggetti («privati») coinvolti in una singola operazione economica. In questo contesto, anche sulla scorta degli impulsi della psicologia cognitiva, trovano sempre maggiore applicazione discipline di settore fondate sugli orientamenti del «paternalismo libertario», nelle quali è alla regola dispositiva che si affida il compito di «guidare», senza formalmente vincolare, le condotte degli individui verso esiti ritenuti efficienti per il sistema generale.

Simili forme di contenimento dell'autonomia (e del potere) dei privati realizzano la precondizione essenziale al concreto esplicarsi del modello costituzionale di società basata sulle libertà individuali che, nel programma ordo-liberale, costituisce l'obiettivo ultimo di una politica del diritto fondata

sull'integrazione economica e sulla rimozione delle disparità di trattamento nel commercio.

Questo volume intende fornire un'analisi delle ripercussioni sistematiche che una disciplina privatistica funzionalizzata al controllo del potere privato, e delle sue forme di esercizio, può avere rispetto al tradizionale sistema delle fonti del diritto e sulle regole operanti in specifici settori dell'ordinamento.

Gli scritti che lo compongono riprendono i contenuti delle relazioni svolte nel convegno di studio promosso congiuntamente presso l'Università degli Studi Roma Tre e l'Università commerciale "Luigi Bocconi" e svoltosi nelle giornate del 27 ottobre e del 9 novembre 2017.

L'iniziativa è stata organizzata a partire da una *call for papers* che ha sollecitato la comunità scientifica a tentare, proprio a partire dall'analisi delle attuali manifestazioni del potere, una ridefinizione dei rinnovati tratti caratterizzanti del diritto dei privati. L'attenzione è stata in particolar modo riposta in quella sintesi tra autonomia e regolazione del mercato agevolmente rinvenibile nei rami dell'ordinamento che più direttamente sono espressione dell'iniziativa economica dei consociati (es. contratto, impresa), ma che oggi non sembra potersi sottovalutare anche in settori ove l'influenza dell'autonomia privata assume un ambito operativo più rilevante che in passato (e il riferimento, come si osserva già da una lettura dell'indice del volume, è in primo luogo al diritto di famiglia e alla disciplina della persona e delle successioni).

Milano-Roma, 19 aprile 2018

Pietro Sirena

Andrea Zoppini

I POTERI PRIVATI
E LE FONTI DEL DIRITTO

Mauro Grondona

Poteri dei privati, fonti e trasformazioni del diritto: alla ricerca di un nuovo ordine concettuale

Sommario: 1. Prospettiva dell'indagine e quadro di sfondo – 2. Le forme della regolazione tra libertà e ordoliberalismo – 3. I poteri dei privati nel quadro delle fonti del diritto – 4. I poteri dei privati in dialogo con la giurisdizione. – 5. Libertà individuale e mobilità ordinamentale – 6. Dalla 'democrazia legislativa' alla 'democrazia giudiziaria'.

1. *Prospettiva dell'indagine e quadro di sfondo*

Il tema che sta sullo sfondo del mio intervento e che si collega direttamente al volume del professor Bianca che in questa occasione si festeggia è quello che un tempo era la differenza (più o meno radicale ma sempre ribadita)[1], e oggi è il rapporto, spesso non oppositivo, anzi reciprocamente completivo, tra diritto privato e diritto pubblico[2]. Tale rapporto, che ha storicamente

[1] Sulla differenza tra diritto privato e diritto pubblico, efficace E. Picard, *Les constantes du droit. Institutes juridiques modernes*, Paris, 1921, p. 79: «Le Droit privé règle les rapports juridiques, pour les intérêts, les besoins de la vie ayant un caractère de spécialité individuelle [e *ivi*, in nota 1, l'A. soggiunge: «Tous cela est difficile à préciser par un mot unique et bien net. La langue est pauvre»]. Le Droit publique règle les rapports juridiques au point de vue des besoins, des intérêts ayant un caractère de généralité sociale» (maiusc. orig.).

[2] Si v. infatti quanto ora osserva S. Cassese, *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 583 ss., e in particolare p. 584 s.: «Due altri fattori hanno contribuito alla de-differenziazione di diritto pubblico e diritto privato. Il primo è costituito dalla costituzionalizzazione del diritto pubblico e, contemporaneamente, del diritto privato. Le costituzioni dettano principi e norme di base, relativi ai due campi del diritto. Le Corti costituzionali li sviluppano. Il diritto costituzionale, necessariamente unitario, agisce come fattore di trasmissione di principi dall'uno all'altro campo del diritto. Basti pensare al principio di trasparenza o a quello di affidamento. Il secondo fattore che contribuisce alla de-differenziazione di diritto pubblico e diritto privato è la globalizzazione. Nello spazio giuridico globale gli Stati non sono assenti. Essi, tuttavia, non giocano lo stesso

assunto i termini di una tensione o anche di una vera e propria frizione, senza dubbio s'interseca nel nostro tempo con l'area in crescente espansione del diritto della regolazione del mercato[3], e quindi del contratto[4]: un diritto della regolazione che, di per sé, corre a cavallo tra diritto pubblico e privato; ciò, soprattutto nella chiave dell'effettività e della funzionalità del risultato regolativo rispetto agli obiettivi *ex ante* individuati dal legislatore (il principale produttore, nell'epoca della modernità, di politica e quindi di diritto), e al di là, dunque, della struttura ordinamentale (assunta qui provvisoriamente quale fattore di contenimento della dimensione funzionale, che in questo senso deve appunto cedere alla struttura), tanto più robusta (e apparentemente insuperabile), poi, quando essa sia il portato di plurime sedimentazioni di approcci e sensibilità dottrinali che incidono fortemente sul modo di pensare al diritto e di essere giurista. Approcci e sensibilità i quali, visti con gli occhi dell'oggi, appaiano tendenzialmente connotati da una rigidità d'impostazione che dev'essere almeno in parte ripensata, se non altro per evitare che la primaria funzione del diritto, quella ordinante, si riveli essere storicamente inadeguata.

Si può aggiungere che tale prevalenza della funzione sulla struttura è un effetto ineliminabile del diritto della regolazione, che certo dispone di un robusto apparato strutturale, il quale, però, e non è un paradosso, è pressoché fisiologicamente arretrato dinnanzi alle esigenze funzionalmente collegate alla regolazione, sì che la stessa *ratio* regolatoria porta (com'è in effetti accaduto) a un potenziamento, soprattutto in chiave rimediale, del lato funzionalistico dell'ordinamento, che allora, nel momento applicativo, può rivelarsi (e non è raro che ciò accada: si pensi ad esempio al problema dei mercati finanziari e alla, da tante parti demonizzata, finanziarizzazione dell'economia) appunto strutturalmente inadeguato rispetto alla necessità di individuare quel rimedio, e più in generale quella regola, che sia opportuna

ruolo proprio del diritto interno, sono dominati dalla comunità internazionale, non ne sono i dominatori. Quindi, la distinzione pubblico-privato, che risale principalmente alla presenza dello Stato, si attenua, oppure assume significati diversi».

[3] Cfr. ad esempio F. Cafaggi, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 205 ss.

[4] Ampî svolgimenti in P. Sirena, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, in F. Mezzanotte (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, p. 121 ss., e spec. il rilievo di p. 130: «L'irrompere della regolazione del mercato all'interno del diritto generale del contratto fa sì che quest'ultimo non possa essere più disciplinato come un accordo di volontà individuali delle parti contraenti, ma come un fatto che interessa la società nel suo complesso. L'individualismo che è caratteristico dell'autonomia privata si deve necessariamente coordinare con gli interessi generali che sono protetti dall'ordine giuridico del mercato».

(e come tale ragionevole) nell'ottica della funzione, cioè dello scopo che lo stesso ordinamento intende perseguire.

È, questo, un aspetto assai delicato, perché esprime, *in nuce*, l'esigenza di superamento dell'idea di ordinamento quale struttura; e tuttavia, a quest'idea il diritto della regolazione resta saldamente ancorato in ragione del forte ruolo, appunto regolatorio, assunto dal legislatore. Si aprono allora due strade: o intensificare la produzione normativa (che è quello che almeno in parte sta accadendo), oppure calibrare la prospettiva funzionale sul versante della giurisdizione (nel solco dell'attuale, ma nient'affatto incontrastata, giurisdizionalizzazione del diritto e degli ordinamenti), che può così operare quale strumento di attuazione sufficientemente elastico, con riguardo alla specifica regola di decisione, pur restando fedele ai principî direttivi dell'ordinamento. In caso contrario, c'è il rischio che il diritto pubblico torni a essere in certa misura preponderante e prevaricatore rispetto a quel diritto privato che s'intende invece rafforzare onde irrobustire il mercato (l'esempio del diritto della concorrenza e del diritto dei mercati finanziari è significativo).

Nella prospettiva della giurisdizionalizzazione del diritto, non è dubbio che uno degli aspetti più delicati attenga al modo in cui (e il problema è di certo storicamente ricorrente) determinati elementi e fattori almeno *prima facie* non giuridicamente rilevanti (e quindi apprezzabili innanzitutto in chiave socio-antropologica), perché non sono stati (ancora) recepiti dalla legislazione, venendo quindi a trovarsi in una condizione di latenza giuridica, ovvero di giuridicità solo potenziale, possano retroagire sull'ordinamento. La questione attiene qui dunque al tasso di recettività e di flessibilità ordinamentale.

La fase attuale della giuridicità (in ottica, va da sé, transnazionale) è connotata da una crescente apertura e mobilità degli ordinamenti[5], le

[5] Sul punto restano allora significative alcune considerazioni (che ben possono essere assunte quale cifra culturale di una generazione, come del resto lo stesso A. precisa) di F. Santoro-Passarelli, *Senso di un insegnamento* (1972), in Id., *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, p. 1 ss., alle pp. 2 e 3-5: «Qual è il compito del giurista, così come io l'ho sentito? Il compito del giurista, come l'abbiamo sentito io e, credo, molti altri della mia generazione, è quello di una ricostruzione dell'ordinamento, ispirata a certi valori, valori essenziali della vita umana: valori, però, sentiti all'unisono con l'ordinamento, non valori sentiti soltanto personalmente, perché il giurista non può, secondo il mio modo di vedere, imporre una sua scala di valori, se non coincide con quella accettata dall'ordinamento. […] Abbiamo difeso i valori, nei quali noi, della nostra generazione, ed io in particolare, abbiamo creduto e che hanno ispirato la nostra opera di interpreti, sempre rispettando il confine, che a mio modo di vedere va rispettato, tra giurisprudenza, giudiziaria o teorica, e politica del diritto […]. È giusto che i giuristi facciano anche la politica del diritto, perché hanno la preparazione giuridica, che consente a loro di

quali portano così a spostare il punto di osservazione dalle caratteristiche strutturali di un certo ordinamento alle prospettive funzionali di esso. Non che, beninteso, nel passato la dialettica struttura/funzione degli istituti giuridici non fosse presente (è anzi vero l'esatto contrario), ma un sicuro tratto di novità che oggi va preso il più possibile sul serio è che il dato strutturale passa in secondo piano tutte le volte in cui esso si rileva di ostacolo a una trasformazione ordinamentale giustificata a partire da ragioni che non sono tecniche (e come tali riconducibili nell'alveo della fattispecie e dei suoi effetti), ma politiche (e come tali riconducibili a un giudizio di opportunità[6] circa l'accoglimento di una determinata soluzione, possibile se

comprendere meglio i problemi di politica del diritto, ma, a mio modo di vedere, va allora tanto più rigorosamente mantenuto il confine tra giurisprudenza, che è interpretazione, e politica, che è trasformazione, del diritto. Quando il giurista fa per professione politica del diritto, egli scambia quest'attività come quella sua propria, che è di interprete. Diritto. Come inteso? L'ho detto al principio di questo corso ai miei studenti: il diritto non si esaurisce nel diritto formale; al di là del diritto formale esiste una realtà, che non è soltanto sociale, ma è giuridica, costituita, se vogliamo usare questa terminologia ora in voga, dal diritto materiale. […] Il punto delicato è di stabilire come il diritto materiale, cioè non formale, si innesta nell'ordinamento giuridico formale; e quale deve essere la posizione dell'interprete, di qualunque interprete, ma soprattutto di quell'interprete ultimo, che è il giudice, di fronte alla realtà giuridica. Personalmente sono convinto […] che il giurista, anche il giurista della cattedra, non soltanto il giudice, deve rendersi conto di far parte egli stesso dell'ordinamento formale e pertanto di non potere attingere al diritto materiale, di cui non può disconoscere l'esistenza, se non attraverso il filtro di quell'ordinamento. Del resto noi fruiamo di un ordinamento aperto, attraverso appunto tutte le norme fondamentali della Costituzione di riconoscimento di un diritto materiale sopraordinato, non solo quale era al tempo della Costituzione, ma quale si è venuto e viene evolvendo successivamente. Tuttavia, se, per ipotesi, si stabilisca un contrasto tra il diritto materiale e il diritto formale, debbono essere le forze politiche e sociali, che sorreggono il diritto materiale, a far penetrare nell'ordinamento formale i nuovi princìpi, prima che il giurista possa farne applicazione. Guai a quella società in cui l'interprete, specialmente il giudice, crede di potere individuare e applicare a suo arbitrio, al di là del diritto formale, il suo diritto materiale! Si realizza la peggiore ingiustizia. La nuova realtà giuridica, di cui la prassi, la consuetudine sono soltanto segni, e non condizioni necessarie, può diventare operante, attraverso l'apparato, soltanto nello spazio lasciato dall'ordinamento formale. Può darsi che si arrivi al punto di rottura, ma bisogna che la rottura avvenga, perché il giurista possa teorizzare e applicare i nuovi princìpi». E la rottura è in effetti avvenuta.

[6] Cfr. infatti quanto ha osservato F. Viola, *Il futuro del diritto* ('Lectio magistralis' di commiato, 26 novembre 2012), in *academia.edu*, pp.1-28, a p. 4 s.: «La prescrizione giuridica dipende sempre di più dalla solidità delle ragioni (relative a fatti o a valori) su cui poggia e sempre meno dalla forza imperativa dell'autorità. Ma queste ragioni non sono incontrovertibili. Si tratta, infatti, del campo aperto della ragion pratica, luogo di opinioni contrastanti e di dibattiti infiniti». E v. anche Id., *Tendenze attuali della teoria giuridica* [draft], in *academia.edu*, pp. 1-26, a p. 18: «L'argomentazione giuridica ha un carattere deliberativo, cioè è volta a concludersi con una decisione, il cui valore giuridico

non altro perché altrove già sperimentata[7]).

Queste mie brevi riflessioni, allora, si propongono semplicemente di indicare alcuni elementi a partire dai quali proseguire una discussione che ovviamente è già in corso ormai da tempo circa l'opportunità (invero l'indifferibile necessità) di rifondare una teoria delle fonti del diritto adeguata al diritto contemporaneo[8]: un diritto, si può forse soggiungere, ormai uscito dalla non breve fase 'preparatoria' della postmodernità ed entrato nella più matura fase della, appunto, contemporaneità, che, in quanto fase attuativa di un programma teorico almeno in parte già fruibile, non potrà non mettere a frutto i tratti salienti del postmodernismo giuridico, soprattutto riassumibili in quel pluricentrismo giuridico da cui una necessariamente accresciuta flessibilità del diritto, tanto rispetto alla produzione quanto rispetto all'applicazione. In sostanza, sono in costante crescita i 'centri di produzione' della giuridicità, e rispetto a ciò, senza dubbio, agire individuale e libertà individuale - i poteri dei privati - giocano un ruolo a questi fini molto significativo.

e la cui efficacia dipende dai soggetti che argomentano e decidono. Il compito della teoria del diritto è quello d'individuare i criteri generali di una buona pratica argomentativa in campo giuridico. […] Essendo una pratica sociale, il diritto s'identifica sulla base del suo uso piuttosto che sulla base di criteri meramente formali».

[7] Cfr. ancora F. Viola, *Tendenze attuali della teoria giuridica*, cit., p. 23: «Se intendiamo il diritto positivo come una pratica di regole e princìpi consolidata e diffusa all'interno di un gruppo sociale, potremmo pensare che essa valga solo per esso e non già al di fuori di esso. Ma possiamo constatare che settori di questa pratica, regole giuridiche, metodi interpretativi e argomentativi e concetti giuridici sono comunicabili da un gruppo sociale all'altro. Se un modo giuridico di fare le cose offre buona prova di sé per la sua efficacia o per il rispetto di significativi valori, allora entra a far parte di un patrimonio giuridico a cui tutti i popoli e tutti gli ordini giuridici possono attingere. La ragion pratica nella sua applicazione al diritto ci presenta nella sua lunga storia una grande varietà di pratiche giuridiche concernenti lo stesso oggetto e differenti fra loro per il modo di risolvere il conflitto di valori e per le tecniche usate. Tra di esse quelle dei sistemi giuridici più sviluppati hanno un particolare valore e una particolare capacità di trascendere gli ambiti territoriali o culturali in cui sono sorte e in cui sono giunte a maturazione».

[8] Cfr. in questo senso il puntuale rilievo di A. Zoppini, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principî e problemi della* Drittwirkung *nel mercato unico)*, che è l''Introduzione' a F. Mezzanotte (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, cit., p. 9 ss., a p. 23: «[L]a teoria delle fonti tradizionale offre uno strumento epistemologico che dà per presupposto ciò che, invece, oggi appare bisognevole d'una nuova fondazione teorica: la (necessaria) statualità del diritto privato, la competenza esclusiva dell'ordinamento nazionale nel dettare la gerarchia delle fonti del diritto, l'autonomia oggettiva e soggettiva del diritto privato, la netta separazione - anche conoscitiva - tra il diritto pubblico e il diritto privato».

2. *Le forme della regolazione tra libertà e ordoliberalismo*

Orbene, nella chiave dei poteri dei privati, del diritto della regolazione e del rapporto tra diritto privato e diritto pubblico si può affermare che, se le forme della regolazione possono essere, come in effetti sono, assai variegate, l'incompatibilità, un tempo considerata pacifica, tra diritto privato e diritto pubblico non è oggi certamente più tale. Soprattutto per una ragione decisiva: la superiorità del mercato quale strumento di creazione e circolazione ricchezza rispetto alle varie modalità storicamente sperimentate di intervento diretto e indiretto da parte dello Stato nel mercato (e spesso contro il mercato)[9], se da un lato ha indotto a una generale riconsiderazione del mercato affinché ne sia accresciuta l'efficienza e ne siano limitati o addirittura impediti quelli che usano chiamarsi 'fallimenti' (ma, a veder bene, non è mai il mercato come tale a fallire; sono piuttosto i singoli attori del mercato che in questo senso possono 'fallire': cosa assai diversa, che certo non cancella la questione della tutela di quest'ultimi, ma che non può essere però ribaltata facendo ricadere sul mercato responsabilità sistemiche, le quali sono invece ad esso del tutto estranee)[10], dall'altro lato ha altresì portato non già a una restrizione, ma semmai a una dilatazione del ruolo regolatorio statuale (pur declinato in chiave multilivello: nazionale; euro-unitaria; sovranazionale; transnazionale), che si espande per meglio delineare e meglio proteggere quello stesso 'mercato' che, inteso quale ordine giuridico della libertà, è la fondamentale istituzione di una società politica autenticamente aperta.

Da questo punto di osservazione, allora, il diritto contrattuale soprattutto subisce inevitabilmente una forte incidenza ordinamentale, e quindi regolatoria, affinché il contratto, e cioè il mercato, assumano una fisionomia il più possibile volta, da un lato, ad accentuarne l'attrattività economica anche in termini *lato sensu* di stabilità istituzionale e, dall'altro, a rafforzare la fiducia dei vari attori sociali che si affaccino al mercato, siano

[9] Dev'essere qui almeno ricordato il noto libro di P. Barcellona, *Stato e mercato fra monopolio e democrazia*, Bari, 1976.

[10] Cfr. in questo senso E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in F. Mezzanotte (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, cit., p. 41 ss., la quale, a p. 76, rileva (e da una prospettiva certo non a sostegno «delle ragioni del mercato a discapito dei diritti sociali»: p. 77) che su «quello straordinario strumento che è il contratto, che va preservato e garantito nella sua forza economica e nella sua capacità di accogliere complessi bilanciamenti di interessi, […] non può gravare ogni problema di giustizia […]».

essi consumatori, imprese, lavoratori[11]. Sarebbe allora vera solo in parte l'affermazione per cui si assisterebbe oggi a una 'ripubblicizzazione' del diritto privato, in particolare *sub specie* di diritto contrattuale e di diritto della concorrenza; perché in realtà è il successo del contratto che attrae nella sua sfera un diritto pubblico che non opera affatto in una logica che potremmo chiamare 'espropriativa' (depotenziando il ricorso al contratto e al mercato, e appunto offrendo alternative 'dirigistiche'), ma che, all'opposto, si prefigge di costruire un diritto contrattuale (e della concorrenza) sempre più raffinato e analitico in ragione della pervasività del mercato - una pervasività che, si può affermare, rileva primariamente in chiave antropologica (come del resto, e detto incidentalmente, Friedrich Hayek ha pionieristicamente cercato di mettere in luce nel suo *opus magnum*)[12].

Si può ancora aggiungere (e v. *infra* ai parr. 3 e 4 per qualche ulteriore considerazione) che proprio questa simbiosi tra diritto privato (diritto contrattuale, diritto dei consumatori e diritto della concorrenza in ispecie) e diritto pubblico ha trovato nell'ordoliberalismo la sua traduzione in chiave di politica economica e di politica del diritto[13].

[11] Cfr. le interessanti considerazioni che si leggono in B. Sordi, *Ordine e disordine giuridico del mercato (in margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli)*, in Aa.Vv., Ordo iuris. *Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, p. 317 ss.

[12] Cfr. infatti F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata* (trad.it.), Milano, 2000, spec. il Cap 1 ('Razionalità ed evoluzione') del vol. I ('Regole e ordine'), pp. 13-47.

[13] Sono, quelli del testo, rilievi minimali. Cfr. allora l'analitica messa a fuoco di P. Sirena, *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Oss. dir. civ.*, 2014, p. 3 ss., in particolare p. 7: «Il diritto europeo dei contratti è stato […] prioritariamente progettato e realizzato come uno strumento per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno unico e, in questo senso, esso costituisce il naturale completamento del diritto europeo della concorrenza. Entrambi realizzano una regolazione del mercato che è necessaria, nel senso anzitutto che, in sua mancanza, il mercato sarebbe destinato a fallire, poiché si troverebbe nell'impossibilità di svolgere la sua naturale funzione di massimizzare il benessere economico e sociale della collettività»; p. 10: «Nella costituzione economica dell'Europa, il diritto dei contratti stipulati con i consumatori costituisce una componente di quell'ordine giuridico del mercato che è necessario affinché l'esercizio dell'autonomia negoziale dei privati non produca conseguenze contrarie all'interesse generale della società. Se è vero infatti che il *prius* di tale concezione è costituito dalle libertà abbandonate a se stesse, tali libertà tendono paradossalmente a distruggere proprio il modello di una società basata sul loro esercizio, facendo così prevalere la libertà del più forte su quella del più debole. Poiché dal punto di vista ordo-liberale l'autoritarismo è sempre e comunque inaccettabile, non solo quando promani dal potere pubblico, ma anche quando sia esercitato di fatto da alcuni privati sugli altri, una società basata sulle libertà private può realizzarsi soltanto se la loro tutela individualistica è inserita in una cornice di regole "forti" di tutela dell'ordine concorrenziale e pluralistico»; p. 12: «Una società non può basarsi sulle

Se la cifra culturale dell'ordoliberalismo è quella di una libertà funzionalizzata alla massimizzazione del benessere collettivo realizzato per mezzo del mercato e quindi del contratto, è evidente che il 'primus movens' di questo 'disegno intelligente' è il legislatore, che da tale punto di vista non può guardare con favore, o almeno con eccessivo favore, a una libertà che *ex se* sia anche fonte di produzione della giuridicità, ché, se così fosse, si sottrarrebbe a quel controllo benefico (ma si potrebbe aggiungere, con accento critico, al contempo paternalistico), indispensabile, invece, a che la libertà stessa, da elemento vitale per lo sviluppo economico, si trasformi, almeno tendenzialmente, in strumento di prevaricazione economico-sociale. In questo senso non è dubbio che l'ordoliberalismo sia un ordine costruito (sono del resto famose le pagine in cui Natalino Irti ha parlato del mercato quale *locus artificialis*), non un ordine spontaneo, e come tale non si sottrae alla nota critica anticostruttivistica formulata perentoriamente da Hayek.

Il che pone quantomeno il problema del rapporto tra ordoliberalismo e pluralismo sociale, prima che giuridico, cioè pone il problema del potere propulsivo del pluralismo e della sua capacità e possibilità di incidere su tessuto e contenuto ordinamentali[14].

3. *I poteri dei privati nel quadro delle fonti del diritto*

Alla luce delle succinte considerazioni fin qui svolte, vanno ora espressamente richiamati alcuni passaggi del volume intorno al quale queste giornate di studio sono state pensate; passaggi che, come si vedrà a breve, si riveleranno molto utili per proseguire nella riflessione, rivolta a in particolare a considerare il ruolo dei poteri dei privati in rapporto all'ordinamento giuridico.

Il tema è dunque quello dei poteri dei privati nel quadro delle fonti del diritto.

Orbene, scrive Cesare Massimo Bianca, che «[a]nche il diritto privato

libertà private se il potere pubblico non progetta e non realizza l'ordine sociale a tal fine necessario, e anzitutto l'ordine del mercato: il contratto non è allora più considerato come una *res inter alios acta*, la quale sia irrilevante nei confronti dei terzi».

[14] Ha osservato infatti F. Viola, *Tendenze attuali della teoria giuridica*, cit., p. 15, che «[i]l pluralismo giuridico è oggi una proprietà dei contesti sociali e non già dei sistemi giuridici. Esso designa il fatto che all'interno di uno stesso ambito sociale o di una stessa problematica giuridica sono operative norme giuridiche di differente provenienza, alcune prodotte dall'interno e altre da ambiti sociali esterni».

conosce […] il fenomeno dell'autorità»[15]; e «[c]i si deve allora chiedere se la considerazione di questo fenomeno valga a confermare la crisi della distinzione tra pubblico e privato»[16], tenendo soprattutto conto della circostanza che «[i]l tradizionale riferimento all'interesse tutelato non è parso più sufficiente. L'interesse dei singoli può essere distinto, è vero, rispetto all'interesse generale quale interesse condiviso da una generalità di soggetti. È anche vero, però, che nell'esperienza sociale emergono numerosi interessi superindividuali riferibili all'intera comunità ovvero - in ambiti più ristretti - a comunità minori, a gruppi, a categorie. Ora, non tutti gli interessi più o meno generali sono interessi pubblici ma solo quelli che la comunità statale privilegia come interessi superiori attraverso le sue scelte politiche. Gli altri interessi generali sottostanno a rapporti di diritto privato. […] Ai fini della qualificazione pubblicistica del rapporto non basta dunque la presenza di un interesse generale se tale interesse non è elevato ad interesse pubblico»[17].

Mi pare che quanto appena richiamato ben possa essere letto in riferimento all'attuale stato del diritto pubblico rispetto al diritto contrattuale: l'ordoliberalismo ha prodotto, in certa misura, la pubblicizzazione (intervento del legislatore in chiave di politica del diritto) di un interesse generale (efficienza del contratto e del mercato), che dunque viene fatto appunto oggetto di una specifica scelta politica e perciò reso interesse pubblico, cioè interesse generale disciplinato in vista della sua protezione da parte dell'ordinamento giuridico, e cioè della sua funzionalizzazione. Assistiamo così a un processo che definire di 'neopubblicizzazione' è forse improprio, e comunque senza dubbio impreciso, se non si specifica il contesto nel quale essa opera e in vista di quali finalità (precisazione del resto opportuna, se non altro per contrastare la diffusa ma errata opinione che impiega il termine 'neoliberismo'[18] volendo criticare, in particolare, le politiche di stampo ordoliberale, le quali sono invece del tutto consentanee con la cosiddetta economia sociale di mercato, che come tale altera, appunto in funzione regolatoria e quindi costruttivistica, l'ordine di mercato). E dunque, oggi abbiamo un diritto privato che è interessato da un diritto pubblico della regolazione che porta a un mercato permeabile alle istanze di giustizia sociale (e in questo senso l'espressione 'economia sociale di mercato' ha senza alcun

[15] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 83.
[16] *Ibidem*.
[17] *Ibidem*.
[18] Termine ambiguo e discendente soprattutto dall'errata ma tenace convinzione che, «[n]ell'ottica liberale […] un individuo altruista e preoccupato del bene comune rappresent[i] per definizione *un'eccezione alla natura umana*»: così J.-Cl. Michéa, *L'impero del male minore. Saggio sulla civiltà liberale* (trad.it.), Milano, 2008, p. 123 (corsivo orig.).

dubbio una propria ragion d'essere).

L'esito generale è quello di una funzionalizzazione del diritto privato (e in particolare del diritto della concorrenza e del diritto dei contratti), che è funzionalizzato non perché se ne affermi l'incompatibilità con il mercato, ma proprio perché è la libertà (soprattutto negoziale, ma certamente non solo) che esprime come tale un interesse pubblico alla sua conservazione e anzi al suo rafforzamento (donde appunto l'intervento pubblico, che in questo senso è un intervento schiettamente regolatorio).

Se, allora, l'intervento del diritto pubblico si è tradizionalmente espresso quale restrizione dell'autonomia privata e quindi del territorio del contratto, oggi ci troviamo di fronte a un contratto, e quindi a un potere privato, che, nell'ottica del diritto della regolazione, è attratto nella sfera del diritto pubblico per poter essere bensì più efficiente, ma serbando natura di potere privato.

Non c'è dubbio che si tratti, appunto, di una rilevante funzionalizzazione del contratto, certo sottratta all'ottica veterodirigistica degli interventi regolatori tipici della seconda metà del Novecento; e tuttavia funzionalizzazione resta; una funzionalizzazione il cui cardine, si deve aggiungere, è il contratto, che diviene così proprio quell'interesse superiore oggetto dalle scelte politiche statuali alle quali espressamente si riferisce Bianca: che poi si tratti di scelte dello Stato nazionale o di un organismo sovranazionale non cambia certamente le cose.

Tale interesse, destinatario di una specifica politica del diritto (la politica del diritto regolatorio; la politica del diritto contrattuale europeo, e in particolare del diritto contrattuale dell'U.E.), assume così immediata e generale rilevanza all'interno dell'ordine giuridico, che appunto lo funzionalizza affinché si muova lungo una traiettoria che, almeno *in thesi*, consenta di raggiungere determinati obiettivi politicamente rilevanti. Tale generale rilevanza politica, e dunque ordinamentale, dell'interesse protetto è l'elemento che 'pubblicizza' in questo senso il contratto.

Certo, si potrebbe obiettare che la disciplina del contratto, se predisposta dallo Stato e se quindi è 'diritto per i privati' e non 'diritto dei privati'[19], è sempre e comunque disciplina pubblicistica. Si può però replicare che

[19] Cfr. quanto sul punto osserva A.M. Benedetti, nell''Introduzione' alla rist. ESI (di prossima pubblicazione) del volume di Salv. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato* (ringrazio l'A. per avermi consentito di leggere in anteprima il suo scritto); e v. l'ampia ricognizione di I. Pupolizio, *Per un modello teorico della «grande dicotomia» tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Mat. stor.*, 2013, p. 343 ss., nonché Id., *Coase, Hayek e la «grande dicotomia» tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Ars Interpretandi*, 2013, p. 185 ss.

tutto dipende dal grado di funzionalizzazione di tale disciplina; e può essere allora qui utile rammentare la tradizionale differenza tra regole di condotta e regole di organizzazione: maggiore l'incidenza delle regole di organizzazione rispetto alle regole di condotta, maggiore l'incidenza della pubblicizzazione del rapporto giuridico oggetto di disciplina.

C'è poi un secondo passaggio del volume di Bianca che va richiamato; quello in cui il nostro autore riflette sui rapporti tra diritto privato e autonomia privata, in particolare osservando: «L'autonomia privata è *libertà* di esplicare la propria personalità morale e *potere* di autoregolare i propri interessi. Nel diritto privato il potere di autoregolare i propri interessi (*autonomia negoziale*) assume indubbiamente un'importanza fondamentale e caratterizzante poiché la vita di relazione si svolge in larga parte attraverso l'attività negoziale dei consociati, secondo le loro autodeterminazioni. Occorre tuttavia avvertire che questo riferimento all'autonomia negoziale non vale a delimitare una sfera attribuita all'esclusiva competenza dei privati. Il diritto privato è certamente in buona parte creato dai privati ma l'ordinamento è sempre meno indifferente a *come* i privati regolano i loro affari. […] Che l'ordinamento possa porre limiti all'autonomia negoziale e che ciò non muti la natura privatistica del rapporto è una proposizione ammessa anche secondo le concezioni più rigorosamente individualiste del diritto privato. Appartiene alla tradizione, infatti, il riconoscimento che la volontà dei privati deve arrestarsi dinanzi alle norme imperative e ai principi di ordine pubblico, cioè ai principi giuridici che la coscienza sociale intende come condizioni essenziali di convivenza»[20].

Ci imbattiamo qui, dunque, in un'autonomia privata che, in quanto libertà di autodeterminazione, si fa autonomo potere regolativo[21]; un potere che di fronte a sé incontra, se non lo spettro, certamente la presenza ordinamentale, operante come perimetro assiologico all'interno del quale il privato potrà fare esercizio di quella libertà, di quell'autonomia, di quel potere che l'ordinamento medesimo riconosce assiologicamente compatibile con tale esercizio.

Ora, se, tenendo presente sullo sfondo la prospettiva ordoliberale, proviamo a individuare qualche tratto unificante i due passaggi appena

[20] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., pp. 88-90 (corsivo orig.).

[21] Sul punto è ora d'obbligo il riferimento ad alcune pagine teoreticamente assai impegnative, che però non è qui possibile ripercorrere analiticamente e soprattutto discutere: P. Femia, *Autonomia e autolegislazione*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 11 ss. E v. allora anche - in una linea assai prossima a quella di Femia - P. Barcellona, *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario. Critica della «ragione funzionalista»*, Torino, 1994, spec. p. 263 ss.

richiamati, l'immagine potrebbe essere quella di un ordine giuridico che, per ragioni pubblicistiche, cioè attinenti a quanto potremmo chiamare il significato assiologico profondo della comunità, e dunque del corpo sociale, esprime la misura della libertà individuale compatibile con l'ordinamento, secondo la tradizionale idea che al cuore della giuridicità (e quindi della politica) c'è quel patto sociale che, in termini di filosofia politica e sociale[22], racchiude le coordinate civiche della convivenza.

Siamo quindi di fronte a una libertà, a un'autonomia che si fa tale attraverso l'intermediazione legittimante dell'ordinamento, e perciò di un legislatore che fissa appunto *ex lege* quei criteri di giudizio onde separare la rilevanza dall'irrilevanza giuridica.

Possiamo allora chiederci se questo potere privato, quest'autonomia possa invece oggi assumere i tratti di quell'ʻeautonomia' di cui con tanta finezza ha parlato di recente Pasquale Femia[23], analizzando così il potere privato all'interno della feconda dimensione della 'riflessività', che «può apparire una parola misteriosa; ma non è nient'altro che esperienza. Il diritto riflessivo è esperienza applicativa: il diritto impara riflettendo su quello che fa»[24].

4. *I poteri dei privati in dialogo con la giurisdizione*

Quali sono gli spazi attuali dell'autonomia privata e, soprattutto, in che modo i poteri privati, cioè il poter fare e il poter agire connotati da rilevanza giuridica, possono operare in chiave di teoria delle fonti? Detto ancora più direttamente: come e con quali effetti i poteri dei privati incidono sull'ordinamento giuridico?[25]

[22] Cfr. le molte indicazioni reperibili in A. Masala, *La società oltre lo Stato. Filosofia sociale e individualismo metodologico*, in *Pol. soc.*, 2016, p. 393 ss.

[23] P. Femia, *Autonomia e autolegislazione*, cit., p. 27.

[24] P. Femia, *Tre livelli di (in)distinzione tra princípi e clausole generali*, in G. Perlingieri, M. D'Ambrosio (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 209 ss., a p. 225, ove si legge anche che «il diritto è infinita costruzione del possibile: infinita apertura nella quale consiste la convivenza umana». E v. di nuovo Id., *Autonomia e legislazione*, cit., spec. pp. 19-28.

[25] Per una prospettiva generale cfr. l'introduzione al Cap. 26 ('Private Ordnung') di M. Renner, in S. Grundmann, H.-W. Micklitz, M. Renner (Hrsg.), *Privatrechtstheorie*, II, Tübingen, 2015, p. 1929 ss., il quale si sofferma su due ben noti contributi, ivi raccolti a seguire, di Lisa Bernstein e di Robert Ellickson [ma v. allora la rec. ai due tomi di cui è composta l'opera di S. Patti, *Riflessioni sulla "teoria del diritto privato" (a proposito di una recente antologia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1166 ss., e in particolare p. 1177].

Sono varie le risposte che si possono fornire, e una può essere incentrata sul rapporto tra poteri dei privati, *sub specie* di pretese fatte valere in giudizio, e decisioni giudiziarie, nell'idea che l'ordinamento è il prodotto dell'incontro/scontro tra domande formulate dalle parti in causa e risposte di natura giurisdizionale.

Sullo sfondo abbiamo quanto è fin qui emerso. Un diritto pubblico che certo cambia volto, ma che resta una 'vera presenza' della giuridicità, e non potrebbe essere diversamente, se con 'diritto pubblico' s'intende in primo luogo la disciplina quantomeno (e cioè, se non direttamente prodotta, comunque) recepita dall'ordinamento statuale (e suoi progressivi svolgimenti in chiave transnazionale), la quale disciplina opera innanzitutto quale criterio di giudizio ('tertium comparationis') dell'agire.

Vediamo allora di soffermarci su alcune possibili linee di tendenza cui ricondurre il problema posto dal diritto della contemporaneità, caratterizzato soprattutto dall'esplosione delle fonti e dalla sua significativa giurisdizionalizzazione, in riferimento appunto ai poteri dei privati.

Questo rapporto tra azione (tanto in senso sociale quanto processuale) e giurisdizione, incentrato sulla dimensione del potere (delle parti e del giudice), può favorire lo sviluppo di un ordine giuridico estremamente mobile; un ordine giuridico rispetto al quale - si può subito osservare - l'idea di 'politica' come espressione di una scelta collettiva va incontro ad alcuni ostacoli[26], appunto perché si dà una via alternativa per la formazione dell'ordinamento giuridico[27]: l'intervento legislativo in senso tradizionale, se di certo non inutile, diventerebbe quantitativamente più ristretto, e qualitativamente di minor impatto, e ciò proprio in quei campi in cui l'attesa sociale sia più alta[28].

In questa prospettiva, un ordinamento prodotto della legislazione potrebbe allora essere inteso soprattutto quale rete di principî generali

[26] Cfr. in particolare F. Viola, *Tendenze attuali della teoria giuridica*, cit., spec. p. 16 ss., e in particolare p. 21.

[27] Cfr. il rilievo di S. Cassese, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, p. 29 ss., a p. 31, a proposito della 'Verrechltigung': «Con questa espressione si indica l'ampliamento della sfera della giuridicità, con una corrispondente riduzione dell'ambito di scelte interamente libere della politica. Basti pensare all'azione svolta dai principi costituzionali e dalle Corti costituzionali. Questo fenomeno produce un arricchimento della panoplia dei diritti, una moltiplicazione dei problemi dei rapporti tra ordini giuridici, un crescente ruolo dei giudici come arbitri non di diritti, ma di conflitti tra regimi giuridici».

[28] Sul punto cfr. F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, cit., e in particolare il vol. III della trilogia ('Il sistema politico di un popolo libero'), p. 365 ss.

(principî, ovviamente, non strettamente 'nazionali', aggettivo oggi se non altro ambiguo, ma conformi a una legalità transnazionale[29], e come tale aderente a quella che usa connotarsi come *transnational rule of law*)[30], rimessi alla concretizzazione del giudice quale mediatore del conflitto sociale[31]. Una mediazione che porta così a una trasformazione costante dell'ordine giuridico e quindi dell'ordinamento (statuale e sovrastatuale, specialmente in ragione dei reciproci influssi giurisdizionali)[32], e che quindi recupera interamente la dimensione del conflitto (che invece la prospettiva ordoliberale tenta di superare in virtù del contemperamento tra mercato e giustizia sociale)[33] in funzione performativa e trasformativa, operando appunto alla stregua di un fattore di produzione di giuridicità - e ciò, tanto rispetto ai diritti quanto ai doveri (verso gli altri individui e verso la comunità cui si appartiene), che naturalmente aumentano all'aumentare dei diritti.

In questa chiave, non può essere inatteso che il tessuto ordinamentale, dal punto di vista della struttura, veda accrescere se non altro quantitativamente

[29] Molto utili i saggi di varî autori raccolti in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, e ivi in particolare il saggio dello stesso A. Zoppini, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, p. 5 ss.

[30] Cfr. ad esempio F.J. Mootz III, *Is the Rule of Law Possible in a Postmodern World?*, in 68 *Washington Law Review* (1993), p. 249 ss.

[31] In tema non hanno perduto interesse le nette e per certi aspetti premonitrici critiche che si leggono nell'intervista a Giovanni Tarello (*Sullo stato dell'organizzazione e della cultura giuridica*, a cura di M. Bessone, Bologna, 1979), sulla quale si possono utilmente, e retrospettivamente, leggere i commenti di G. Rebuffa, *Un bilancio sullo stato dell'organizzazione giuridica in un libro-intervista con Giovanni Tarello* e di E. Roppo, *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Note minime sopra un'intervista e sopra la recensione di un'intervista*, entrambi in *Pol. dir.*, 1979, rispettivamente p. 456 ss. e p. 465 ss.).

[32] Cfr. in particolare G. Amato, *Corte costituzionali e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune* [con la collaborazione di B. Barbisan], Bologna, 2015.

[33] Al proposito A. Somma, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Mat. stor.*, 2011, p. 461 ss., e il rilievo di p. 467 s.: «Gli ordoliberali volevano […] una transizione dallo "Stato semplice mediatore di conflitti" allo "Stato economico nazionale". E per fare questo intendevano per un verso combattere il pluralismo inteso come concentrazione di potere in danno dell'ordine, e per un altro riscoprire valori premoderni indispensabili a produrre l'inclusione nell'ordine, inevitabilmente ostacolata dalle forze centrifughe della modernizzazione. Il nemico da battere non era solo il pluralismo economico, che peraltro comprendeva le libertà sindacali, bensì anche e soprattutto quello politico. Giacché per il potere politico si richiedeva l'opposto di quanto si invocava per il potere economico, che si voleva frammentare e rendere incapace di esprimere istanze autonome o comunque non compatibili con le necessità dell'ordine, fatte coincidere con il mantenimento del meccanismo concorrenziale. Il potere politico doveva essere concentrato nelle mani di uno "Stato forte", nella misura necessaria e sufficiente a creare le condizioni per una conformazione pacificata delle libertà economiche, ovvero a produrre una complessiva "depoliticizzazione"».

il numero di principî e di clausole generali[34], terreno di elezione della 'ragion pratica', e che veda invece decrescere la tradizionale fattispecie chiusa, rispetto alla quale il compito del giudice sarebbe e dovrebbe essere prevalentemente ricognitivo e applicativo, non creativo e costruttivo.

Del resto, se oggi sono ritornati al centro della discussione e dell'attenzione ruolo e poteri del giudice[35], non è dubbio che la giurisprudenza sia non di rado stigmatizzata proprio perché 'creativa', mettendo così a rischio la tenuta stessa dello Stato di diritto[36], soprattutto nella duplice prospettiva della prevedibilità delle decisioni e della sicurezza delle contrattazioni. (E si può forse osservare incidentalmente che tale preoccupazione è ultimamente accresciuta in ragione di quel 'populismo antipolitico' - ma in particolare antiparlamentare - che senza dubbio è fenomeno da contrastare e che incide, per quanto qui interessa, anche sul piano delle fonti del diritto, soprattutto quando si aprano spazi di competizione con il legislatore che pretendano però di essere slegati da qualunque mediazione tecnico-culturale, come appunto quella realizzata dalla giurisdizione, appellandosi piuttosto a un'inconsistente e soprattutto dittatoriale 'democrazia telematica'[37]).

Orbene, chi legga il recente saggio di Massimo Luciani[38], in cui è sferrato un potente attacco contro l'idea stessa della creatività giudiziaria, non può non rendersi conto che è finalmente giunto il momento della resa dei conti.

Tra chi? Si possono fornire almeno due risposte. La prima *soft*, la seconda *hard*.

La prima possibile risposta è nel senso che la contesa è semplicemente tra chi sostiene che la giurisprudenza ha fisiologicamente un potere creativo di diritto, e chi ritiene invece che la giurisprudenza, pur all'interno di tecniche argomentative sempre più sofisticate (basti qui di nuovo il richiamo alle clausole generali, ai principî generali e in senso più ampio a tutte le fattispecie fondate sulle classiche 'nozioni a contenuto variabile'), sia necessariamente chiamata a svolgere unicamente un lavoro che, anche quando raffinatissimo ed 'evolutivamente orientato', resta di ricognizione

[34] Sul punto va ancora richiamato, in senso del tutto adesivo, P. Femia, *Tre livelli di (in) distinzione tra princípi e clausole generali*, cit.

[35] Cfr. ad esempio i numerosi interventi apparsi nel numero monografico di *Questione giust.*, 4/2016, dedicato appunto a 'Il giudice e la legge', nonché i contributi di varî autori che si leggono in *Foro it.*, 2017, V, c. 277 ss.

[36] Al riguardo cfr. ad esempio la discussione condotta in M. Jori, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, p. 211 ss.

[37] Al proposito v. M. Luciani, Sub *Art. 75*, in *Comm. cost. Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 111 ss.

[38] M. Luciani, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. Annali*, IX, Milano, 2016, p. 391 ss.

del dato legislativo (quantomeno in termini di *ratio legis*), e dunque non certo 'creativo', cioè produttore di nuovo diritto[39].

Questa risposta a me non pare soddisfacente: innanzitutto, perché la disputa, se posso esprimermi così, tra 'creazionisti' e 'anticreazionisti' (pur variamente aggettivata) dura da molto tempo, e certo, diacronicamente, non può negarsi che anche i momenti di più rigido 'positivismo ideologico' (oggi certamente ben dietro le nostre spalle) abbiano conosciuto non lievi ambiti di discrezionalità giudiziale, come del resto facilmente attesta la centralità, in ogni disciplina, della 'questione ermeneutica', ineliminabile e mai definitamente risolvibile (ma tuttavia sempre 'storicamente' risolta *pro tempore*), come tutto ciò che attiene in via diretta o indiretta al senso e alla posizione dell'essere umano nel mondo[40].

Ma c'è poi un secondo motivo di insoddisfazione: una risposta del genere, sia da parte (per continuare a usare un'aggettivazione meramente di comodo) creazionista che da parte anticreazionista, si muove all'interno della teoria classica delle fonti, nel senso che entrambe le posizioni non guardano al giudice in chiave espressamente istituzionale, ordinamentale, quale soggetto titolato a produrre mutazioni giuridiche che non sono l'esito di una mai fino in fondo eliminabile 'discrezionalità', ma che sono invece la risultante di un nuovo modo di 'fare diritto'[41]: per usare l'utile contrapposizione frequentemente impiegata da Nicolò Lipari, si tratta di accettare, o invero di respingere, il passaggio dal paradigma degli atti di posizione al paradigma degli atti di riconoscimento.

Veniamo allora alla seconda possibile risposta (connessa con quanto si è appena osservato), che è quella, a mio avviso, se non più convincente,

[39] Una posizione molto equilibrata è quella di Francesco Benatti, *Contratto e poteri del giudice: il problema*, in *Banca borsa*, 2015, I, p. 699 ss.

[40] Cfr. infatti la poetica saggezza contenuta in queste parole di T. Ascarelli, *Pensieri e lettere familiari*, a cura di P. Femia, I. Martone e I. Sasso, Napoli, 2017, p. 50: «I problemi umani sono sempre un po' gli stessi e sono pochi i problemi dell'uomo. Ognuno se li ripropone in linguaggio che gli è proprio con le esperienze che gli sono proprie. Sette secoli fa si parlava della anima delle bestie; oggi di libertà; un giorno si discuteva del dualismo tra mondo e Dio ed oggi discuteremo di economia e ideologia. Ma il problema è sempre lo stesso, sempre risolto e sempre non risolto perché è il problema di ogni uomo. E non è l'umanità che viene da un donde e va a un onde, ma è ogni uomo che percorre la sua via. E perciò non c'è e non ci può essere quel progresso spirituale la cui mancanza tutti lamentano, ma solo e necessariamente progresso materiale e se vuoi di usi e costumi, ché se ci fosse progresso "spirituale" ci sarebbe progresso dell'uomo e cioè fine dell'uomo, immaginata come giudizio universale e come scontri di stelle».

[41] Va qui almeno segnalato un contributo assai originale, istruttivo e convincente: T. Gazzolo, *Il realismo giuridico americano come filosofia del diritto*, in *Mat. stor.*, 2017, p. 449 ss.

forse più interessante, tanto in chiave teorica quanto pratica, rispetto cioè alle sue ricadute applicative, che possono essere molte e decisive: la disputa tra creazionisti e anticreazionisti cela, al suo interno, una questione ben più radicale e non strettamente tecnico-giuridica.

Alludo al processo, in corso, di trasformazione delle democrazie, grazie a uno svolgimento tutto interno al liberalismo, che secondo taluni potrebbe addirittura condurre, quale effetto del suo sviluppo e soprattutto del suo indubitabile successo, alla fine del liberalismo stesso[42]: una libertà che in sostanza si autodistrugge quale conseguenza della distruzione, soprattutto per via giudiziaria, dei patti politici interni alle comunità sociali ed espressi dalle deliberazioni delle assemblee legislative, in ragione di un'espansione libertaria dei diritti.

In chiave teorica (e cioè tenendo in particolare presente l'ordine concettuale delle fonti del diritto), se c'è chi valuta quest'oggettiva espansione del giudiziario a danno del legislativo come un segnale, tra gli altri, del mal funzionamento della politica e della democrazia - negativamente accomunate quali suscitatrici di sfiducia e segnali di spossatezza morale (e qui il collegamento dovrebbe essere anche con quel 'populismo giudiziario' contro il quale molto giustamente Giovanni Fiandaca ha in più sedi rivolto efficaci critiche) -, si può forse però altresì rilevare che un diritto fortemente giurisdizionalizzato, proprio nella logica di una *transnational rule of law* - nel senso di irrobustimento ed espansione di un ordinamento globalizzato e sempre più incentrato sul potenziamento dei diritti individuali e dei corrispettivi doveri civici impliciti nel patto politico della convivenza democratica[43], che è l'ordine politico della libertà e della responsabilità individuali, intesi quali pilastri del vivere insieme e resi pragmaticamente operanti grazie al criterio di razionalità -[44], può consentire di disporre di

[42] Mi riferisco in particolare al recentissimo libro di P.J. Deneen, *Why Liberalism Failed*, New Haven-London, 2018.

[43] Cfr. allora S. Cassese, *Giustizia costituzionale e studio del diritto pubblico*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 191 ss., spec. p. 192 s., a proposito della giurisdizionalizzazione del diritto globale, e in particolare il rilievo di p. 193, per cui «carte nazionali e carte sovranazionali, corti nazionali e corti sovranazionali interagiscono. Ciò produce anche ulteriori effetti, come, ad esempio, lo sdoppiamento delle Costituzioni nazionali, una parte delle quali - quella relativa ai diritti - è influenzata dal costituzionalismo globale, un'altra parte invece - quella riguardante l'organizzazione statale - è (parzialmente) immune da tale influenza».

[44] Cfr. ancora il seguente rilievo di T. Ascarelli, *Pensieri e lettere familiari*, cit., p. 71 s.: «La premessa della democrazia è costituita dalla possibilità di una discussione razionale dei problemi; la stessa discussione di un problema presuppone la sua razionalità (onde la comunicabilità delle idee). Perciò la democrazia riposa sulla credenza in valori universali, vuoi etici, vuoi economici». E ora v. le riflessioni contenute in F. Viola, *Diritti per debolezza.*

quella duttilità ordinamentale indispensabile nel momento in cui l'estrema facilità di conoscere e praticare svariati modelli di comportamento conduce a un irrefrenabile effetto mimetico (come sempre, nel bene e nel male: ma proprio a questo riguardo deve operare una ragione che in quanto 'pratica' è storicamente connotata). Tale duttilità può così divenire il presupposto per l'estensione della rilevanza giuridica della libertà e dei suoi effetti (anche in chiave di responsabilità, individuale e collettiva), all'insegna di un rapporto rinnovato tra prassi individuali e sociali e dimensione della giuridicità transnazionale.

5. *Libertà individuale e mobilità ordinamentale*

Se questo è vero (e in parte non piccola non si può certo negare che lo sia), viene in primo piano la necessità di elaborare nuovi modelli teorici che prendano fino in fondo sul serio il cammino della libertà, così impedendo che proprio la libertà si riveli fattore non di progresso, ma di regresso. Appunto a partire di qui, è evidente, sorge l'affascinante problema di una libertà individuale che, funzionando così bene quale meccanismo di produzione normativa, arriva fino al punto di annientarsi, soprattutto in riferimento a quella libertà politica che ne ha rappresentato il presupposto di sviluppo: una libertà individuale che dunque uccide se stessa secondo la più classica eterogenesi dei fini, e che alcuni vedono appunto quale esito necessitato di un qualcosa che ben potremmo chiamare 'libertarismo esistenziale', derivante da quel libertarismo individualistico che, 'producendo (sempre più) libertà a mezzo di libertà', può rivelarsi fattore di disgregazione sociale, se non trova un bilanciamento nella responsabilità individuale e collettiva, anch'essa, del resto, un parallelo e fisiologico esito della libertà.

In chiave di teoria delle fonti del diritto, una tale diffusione e una tale facilità di circolazione dei modelli comportamentali (anche di quelli apparentemente più eccentrici o anche addirittura, almeno in certi contesti socio-culturali, repugnanti), dal punto di vista del contenuto ordinamentale, mettono al centro la libertà individuale, quale fattore propulsivo, e quindi

Ius gentium*, diritti naturali, diritti umani alla luce delle religioni* [draft] (24 dicembre 2017), in *academia.edu*, pp. 1-26, e spec. p. 22: «[S]enza la priorità del bene comune è impossibile evitare che in pratica i diritti siano esercitati da pochi e che i molti siano di fatto da ess[i] esclusi, pur avendone formalmente la titolarità. Il diritto di ognuno ad avere diritti deve essere coniugato con il dovere di far valere i diritti di tutti. Ciò è possibile se si presuppone un ordine delle libertà senza cui non può esservi una comunità politica».

i diritti fondamentali dell'individuo dei quali essa è presupposto, e, dal punto di vista della tecnica argomentativa, mettono al centro il principio di ragionevolezza quale criterio di decisione (del resto è stato recentemente ricordato che il canone della ragionevolezza garantisce che i diritti fondamentali siano davvero il fine ultimo dell'ordinamento)[45]. Tale criterio dovrebbe appunto servire, in chiave argomentativa e cioè nel rispetto di una, per dir così, razionalità temperata dalla ragionevolezza - dunque una 'razionalità ragionevole', cioè non prigioniera di un dogmatismo razionalistico ma invece arricchita da tutte quelle circostanze storico-sociali e da tutti quegli elementi fattuali che fanno sì che la razionalità sia ragionevole appunto perché pensata non in chiave generale e astratta ma particolare e concreta: sia appunto 'ragion pratica' -[46], ad assicurare la massima mobilità ordinamentale: massima, ma non oltre il punto di tenuta, donde l'ineliminabile 'problema della soglia', che può essere risolto solo *pro tempore*, e dunque sul piano di una assiologia storicamente fondata, altrimenti si cadrebbe nel duplice eccesso: o l'immobilismo ordinamentale, o la distruzione ordinamentale attuata in forza di una razionalità rivoluzionaria e in questo senso irragionevole: se tale 'punto di tenuta' non fosse salvaguardato, infatti, l'ordinamento non potrebbe assolvere alla propria funzione ordinante, che è salvaguardia istituzionale.

Ecco che allora, mettendo a frutto in chiave prescrittiva ciò che l'epoca del postmodernismo giuridico ha elaborato in chiave metodologica[47], è possibile effettuare quel cambio di paradigma da molte parti oggi auspicato e guardare alla libertà e quindi al potere dei privati quale primario fattore di trasformazione ordinamentale, che si realizza attraverso la mediazione giurisprudenziale.

Di qui deriva la possibilità di pensare a un modello teorico incentrato sul giudice quale 'istituzione della libertà democratica' e sulla liberal-democrazia giudiziaria quale massima garanzia della mobilità politico-ordinamentale, cioè della società aperta, rispetto alla quale, del resto, il costante aumento

[45] Così infatti G. Romeo, *La comparazione degli argomenti in tema di diritti: le trasformazioni del giudizio di ragionevolezza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, p. 2 ss., a p. 2.

[46] Cfr. ancora F. Viola, *Il futuro del diritto*, cit., p. 7: «Il metodo giuridico fondamentale della scienza giuridica del futuro è quello della ragionevolezza, non quello della deduttività o della razionalità. La stessa ragionevolezza è un valore, come d'altronde lo era la razionalità nella concezione illuministica del codice».

[47] A. Morrone, *Sovranità*, in *Rivista AIC* (*rivistaic.it*), 3/2017 (pdf pubblicato il 2 agosto 2017), pp. 1-108, a p. 98, ricorda che «[l]a vera grande trasformazione che interessa il diritto e che ha un rilievo cruciale per il diritto costituzionale è, per riprendere un fortunato saggio di Maurizio Fioravanti […], quella che segna il passaggio dal diritto politico al diritto giurisprudenziale […]».

della libertà individuale deve portare con sé un costante aumento della responsabilità individuale, intesa anche in senso etico-sociale quale primario dovere civico discendente dall'appartenenza a una determinata comunità. Ciò, proprio per evitare quella 'fine del liberalismo' cui si è accennato.

Si può anche aggiungere, in questa direzione, che la prospettiva ordoliberale, con la sua tensione pacificatrice (basi pensare al diritto della concorrenza) e deresponsabilizzante (basti pensare al diritto del consumatore), elaborando una disciplina regolatoria sempre più di dettaglio (in questo senso 'di organizzazione' e non 'di giusta condotta' *à la* Hayek), che in sostanza si prefigge di fare in modo che il 'fallimento' del contratto e del mercato, o non si verifichi, oppure sia a costo zero per il contraente meritevole di una speciale protezione (ma così facendo, per ragioni anche apprezzabili, si interviene indebitamente nel mercato, funzionalizzandolo in direzione della giustizia sociale, che allora diviene un obiettivo 'del' mercato, proprio in vista di quella sterilizzazione del conflitto economico-sociale cui l'ordoliberalismo appunto tende), va invece nel senso di un indebolimento della responsabilità individuale, che, accanto alla libertà, è una delle condizioni di possibilità della società aperta.

Lasciando ora però sullo sfondo la critica alle politiche del diritto ordoliberali, ritorniamo sul passaggio da una democrazia che potremmo chiamare legislativa a una democrazia giudiziaria, e sul ruolo dei poteri dei privati, che, in tale contesto, e rispetto al modo di produzione delle regole giuridiche, assumono una rilevanza tra il 'deliberativo' e il 'partecipativo'[48].

[48] Cfr. R. Bifulco, voce *Democrazia deliberativa*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, p. 271 ss. (e in particolare il rilievo di p. 291, circa l'interpretazione in chiave deliberativa del ruolo del potere giurisdizionale: «Piuttosto che provare a confinarlo, in maniera irrealistica, in un angolo, alcuni teorici perseguono la strada di un coinvolgimento del potere giudiziario nel modello deliberativo, invitando, ad esempio, a ripensare il rapporto tra potere legislativo e giudiziario, non più in termini verticali e gerarchici, bensì secondo prospettive orizzontali e circolari. Ancora più importante, a parere di chi scrive, è la considerazione - che sembra obbligata in uno Stato costituzionale - del potere giudiziario come strumento ulteriore della sovranità popolare, la quale si esercita attraverso gli organi e le funzioni previste in costituzione»), nonché U. Allegretti, voce *Democrazia partecipativa*, *ivi*, p. 295 ss. E si vedano in particolare i rilievi di F. Viola, *Una teoria deliberativa della giurisdizione?* (24 maggio 2017), in *academia.edu*, pp. 1-19, e in particolare il rilievo di p. 14: «Mentre la deliberazione politica del legislatore è più libera da vincoli normativi al di fuori di quelli costituzionali, anche se spesso condizionata da interessi di partito che ne abbassano la qualità morale, la deliberazione giuridica si esercita all'interno di un complesso universo normativo a cui bisogna render conto. Il fatto è che l'avere escluso che l'interpretazione delle norme sia un'attività deliberativa di carattere dialogico ha condotto a prestare una scarsa attenzione al modello deliberativo nell'interpretazione come attività, riservandolo alla controversia processuale in cui si confrontano interpretazioni già formate per quanto sottoposte a giudizio».

Il che conduce a una nuova dimensione teorica del liberalismo dell'età contemporanea, che non solo configura un ordine politico fondato sul rispetto e sulla promozione dei diritti individuali, ma che appunto incarna, e proprio in chiave di fonti del diritto, un nuovo strumento di produzione giuridica, che sorge dall'agire individuale (la 'domanda di giustizia' formulata nel processo) e sfocia in una decisione che, anche quando rigetti la pretesa fatta valere in giudizio, è direttamente produttiva di diritto. Con ciò, l'asse della giuridicità vede il suo punto d'appoggio non solo e non tanto nel legislatore, ma, da un lato, nelle prassi individuali e quindi sociali (posto che la prassi strettamente individuale, che cioè non dà luogo ad alcun comportamento emulativo, è destinata a rimanere verosimilmente irrilevante), e, dall'altro, nella giurisprudenza, quale fattore di costante adeguamento e ripensamento dell'ordine giuridico.

6. *Dalla 'democrazia legislativa' alla 'democrazia giudiziaria'*

Il passaggio da una democrazia legislativa a una democrazia giudiziaria è il frutto di una serie di fattori storico-sociali, che, tutti, vanno a confluire nel potenziamento dei poteri dei privati. Tali poteri sono stati qui considerati, in particolare, in relazione alla probabilità che l'esercizio della libertà individuale produca l'effetto, duplice (tanto soggettivo, rispetto a chi lo compie, quanto oggettivo, rispetto alla collettività), di:

i) trasformare il diritto, senza necessariamente passare per il Parlamento quale fonte privilegiata della normatività, e dunque (e soprattutto, si può aggiungere) senza passare per la scelta collettiva (e senza che la scelta collettiva sia quindi lo strumento necessario di attuazione e di sviluppo del diritto);

ii) dar vita a una nuova relazione biunivoca tra privati (o meglio attori sociali, poiché certamente tutti i soggetti come tali possono essere propulsori di diritto) e giurisdizione, nel senso che quest'ultima non si appropria affatto di un potere che non le spetterebbe, scardinando così il principio di legalità. Al contrario, la giurisdizione viene a esercitare un potere grazie al quale l'assetto democratico rimane stabile ma si rivitalizza, per dir così, dall'interno, e cioè in forza di quella domanda di diritto che le parti del processo per prime formulano, e rispetto alle quali domande la giurisprudenza, nella sua attività di *respondere* e di *ius dicere*, non 'crea' arbitrariamente e irragionevolmente diritto, quanto piuttosto

trasforma l'assetto ordinamentale su base democratica, entrando in diretta competizione con il legislatore.

La concezione corrente della democrazia, e in particolare la concezione della democrazia dal secondo dopoguerra in avanti, per ovvie ragioni storiche si è assestata sul versante della decisione collettiva, guardando ai poteri dei privati come fattori certamente significativi, ma solo in quanto legittimati dalla scelta collettiva medesima, e cioè dalla politica.

Il lavoro teorico da compiere richiede perciò una riflessione che parta dall'analisi degli assetti istituzionali per poi guardare ai poteri dei privati come a un formidabile strumento di trasformazione quasi-diretta dell'ordinamento (e qui, naturalmente, sarebbe allora anche necessaria una riflessione, in parallelo, sugli spazi di democrazia diretta in senso proprio: basti pensare allo strumento referendario, quale strada non già di ribellione, ma di competizione con il legislatore. E le vicende referendarie italiane certo non depongono a favore del successo di tale istituto: è un limite che dovrebbe essere superato)[49].

I poteri dei privati, pertanto, visti nella prospettiva del processo, possono diventare formanti del diritto, a partire da un'idea di libertà in costante espansione (e mettendo così finalmente la politica del diritto al centro del lavoro del giurista). Il che, quindi, mostra che la restrizione della scelta collettiva, e dunque del ruolo deliberativo della 'politica', non può essere tradotta in una restrizione della politica *tout court*, ché, anzi, la giurisdizionalizzazione del potere privato, operando in funzione normativa, assume in questo senso una dimensione schiettamente politica.

Da questo punto di vista, richiamerei brevemente, in chiusura, due proposte teoriche: quella, tanto originale quanto ancora assai poco conosciuta, di Bruno Leoni, e segnatamente la sua idea del diritto come pretesa individuale; Leoni, a dispetto della sua fama di conservatore[50], ha elaborato (se pure solo parzialmente e anche in modo piuttosto frammentario) una teoria del 'giuridico' che cerca il più possibile di sottrarsi alla coazione implicita nella scelta collettiva e quindi nella legislazione, a favore di un diritto che è in costante evoluzione perché affidato pressoché integralmente alle cure della giurisprudenza; e poi quella, certamente più nota e almeno in parte recepita dalla comunità giuridica, di Tullio Ascarelli, il quale non solo ha portato la riflessione sulla questione interpretativa a un livello di rara profondità, ma ha messo con forza in chiaro come la libertà

[49] Il lavoro di riferimento è quello di M. Luciani, Sub *Art. 75*, cit., spec. la Sez. III ('Il controllo della Corte costituzionale') del Cap. IV, p. 322 ss.

[50] Si può da ultimo vedere A. Rico, *Bruno Leoni e il conservatorismo*, in *Pol. soc.*, 2016, p. 255 ss.

possa essere un potente strumento di trasformazione ordinamentale, al di là di ogni *vulnus* antidemocratico; una libertà connessa con la moralità dell'agire individuale (moralità, intesa come tensione costante verso un bene mai raggiungibile)[51].

Il che (e il tema meriterebbe appunto un approfondimento, perché Ascarelli, come noto, non realizzò una compiuta teoria generale dell'interpretazione) può forse ricondurre ad armonia la perenne frizione (sulla quale ancora Ascarelli ebbe modo di ritornare insistentemente) tra continuità e discontinuità, tanto sul piano storico quanto su quello giusermeneutico (soprattutto rilevante in chiave di 'legal interpretivism' *à la* Dworkin)[52].

Una frizione che, assoggettata a uno stretto controllo di ragionevolezza, si sottrae tanto ai rischi di un decisionismo irrazionalistico quanto a quelli di un decisionismo 'razioide' «intent[o] soltanto a confermare l'esistente»[53], irrobustendo invece il tessuto liberale e democratico dell'ordinamento.

[51] Qui si può soprattutto richiamare T. Ascarelli, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, Milano, 1960, pp. 1-69, che è l'introduzione a una raccolta di testi di Hobbes e Leibniz.

[52] Cfr. al riguardo N. Stavropoulos, *Legal Interpretivism*, in E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), *https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/*, nonché S. Bertea, *Giuspubblicismo inglese e concezione costituzionalista del diritto. Materiali per uno studio comparato delle idee*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2016, p. 39 ss.

[53] L'aggettivo è di Robert Musil, ed è ricordato da P. Femia, *Autonomia e autolegislazione*, cit., p. 37, testo e nt. 85.

Michele Spanò

Istituire o regolare?
Le autorità private e la crisi della "topologia moderna"

Sommario: 1. Il diritto privato come teoria generale – 2. Ascesa e declino della "topologia moderna" – 3. Le autorità private: dentro e oltre la crisi della "topologia moderna" – 4. Istituire o regolare.

Il diritto civile è il campo in cui per vetustà di tradizione, per più squisito magistero d'arte, i dati della vita hanno subito la trasformazione più piena in schemi di pensiero.
Filippo Vassalli

1. *Il diritto privato come teoria generale*

Questo brevissimo saggio prova a mettere a punto - in modo stenografico e perciò necessariamente allusivo - qualche generalissima tesi su alcune prestazioni che potrebbero considerarsi tipiche del diritto privato contemporaneo a partire da una lettura - ma sarebbe più corretto dire: da un uso e da una contestualizzazione - de *Le autorità private* di Cesare Massimo Bianca[1]. L'operazione finirebbe per apparire ridicolmente ambiziosa se essa non trovasse saldo ancoraggio in un movimento insieme logico e storico che investe *proprio oggi* il diritto privato. Diremo perciò che il diritto privato sta attraversando una vera e propria "svolta speculativa": una dinamica che elegge le sue categorie, i suoi modi più propri di operare - cioè di produrre, comporre e distribuire gli esseri - e le sue più sofisticate risorse tecniche - gli abiti linguistici che concorrono a ordinare e trasformare i collettivi - a principali ingredienti di una teoria generale del diritto[2]. Il diritto privato è in

[1] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977.
[2] Cfr. S. Grundmann, H.-W. Micklitz, M. Renner (Hrsg. u. verf. v.), *Privatrechtstheorie*, Tübingen, 2015.

altre parole la forma logica del diritto contemporaneo: arsenale di concetti operativi e congerie di mezzi "pensanti" che dicono - facendolo - qualcosa di cos'è e com'è il mondo in cui viviamo. Non è quindi un caso che è sul terreno del diritto privato - più che di quello pubblico - che si misurano oggi i programmi di ricerca più teoricamente attrezzati e culturalmente avvertiti nel descrivere cosa ne è di quella pratica e di quella esperienza che, in Occidente, abbiamo conosciuto sotto il nome di "politica". Essi, pur divergenti, attestano di un'incontestabile indiscernibilità tra tecnica e politica. Non c'è infatti un pensiero sul e del diritto - tanto più allorché, come sembra, il diritto privato costituisce il luogo eminente di ogni teoria generale - che non vada senza una sua esemplare illustrazione operativa: e viceversa. Deplorare il tecnicismo oppure lamentare gli eccessi speculativi è, nell'uno e nell'altro caso, nient'altro che un curioso, perché vacuo, esercizio ideologico[3]. I motivi che presiedono a questa "svolta speculativa" sono infatti insieme storici (hanno cioè a che fare con un movimento che chiameremo la crisi della "topologia moderna") e materiali (essi investono cioè i modi e le forme di produzione del valore).

2. *Ascesa e declino della "topologia moderna"*

Le autorità private è un libro in tutto e per tutto interno alla "topologia moderna". Questa espressione definisce la configurazione tipicamente moderna - codicistica, ottocentesca e borghese - di istituire e riprodurre il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato[4]. Una configurazione singolarmente tenace e longeva: è attraverso essa infatti che il diritto privato, in larghissima misura, non ha cessato di pensarsi. La sua singolarità e la sua specialità risiedono nella curiosa e insuperata dialettica che essa ha imposto alla dicotomia che ha prodotto e senza fine riprodotto. In una formula: la "topologia moderna" ha istituito (gius)*pubblicisticamente* il (diritto) privato. Questa è l'eredità con cui il diritto e la politica - così come quel campo di tensioni che il loro rapporto produce e indica - non hanno smesso di confrontarsi: il privato e il diritto privato si costituiscono e guadagnano la loro propria consistenza in virtù di una decisione sovrana,

[3] Questo sembra essere il messaggio delle pagine raccolte in S. Rodotà, *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista Critica del diritto privato*, Napoli, 2017.

[4] Per un'argomentazione più distesa di questa tesi mi permetto di rinviare al mio M. Spanò, *"Changer de soleil". Le droit privé comme infrastructure du commun*, in Ch. Laval, P. Sauvêtre, F. Taylan (sous la direction de), *L'Alternative du Commun*, Paris, 2018.

pubblica. È dentro e contro questo schema che hanno quindi potuto e dovuto modellarsi i discorsi della giusprivatistica novecentesca. La logica della sovranità istituisce il pubblico secondo il piano della verticalità, della metafora e della trascendenza: sintesi degli interessi molteplici e dei bisogni plurali nella decisione esclusiva e vincolante dell'uno sovrano. Potente dispositivo che annoda rappresentanza e delega sotto il nome e nella forma della legge e dell'obbligazione. Proprio in questa forma, e nella legittimità del suo modo di produzione, è custodita la sanzione di un circuito che, accordando comando e obbedienza, alimenta e riproduce tutta intera la macchina del politico. È nei confini angusti di questa formidabile finzione che abiterà a lungo tutto quanto il nostro immaginario: il pubblico come piano dell'eguaglianza e come luogo topico dell'universale, da un lato; il privato quale sede delle differenze (cognitive, materiali, sessuali) e circuito libero dello scambio dei beni, dall'altro. Non sfuggirà il rapporto originario e costitutivo tra topologia moderna e genesi delle categorie economiche. Soltanto quando lo Stato è diventato persona capace di atti giuridici e dotato di un patrimonio, allora il modello potrà diventare il calco di un soggetto proprietario privato, libero di vendere e vendersi. Il "privato" del "pubblico" coinciderà quindi - grazie a un potente effetto di naturalizzazione giuridica e poi di totalizzazione retrospettiva delle sue stesse categorie - con nient'altro che "l'economico". Il diritto soggettivo e la forma salario saranno, l'uno e l'altro, i punti di raccordo formali capaci di tenere in piedi un marchingegno sofisticatissimo e duraturo.

3. *Le autorità private: dentro e oltre la crisi della "topologia moderna"*

L'interesse storico e speculativo di un libro come *Le autorità private* risiede negli argomenti - esemplari di una postura che diremo "sociale"[5] - che esso mobilita per fare i conti con l'eredità della "topologia". Il suo programma di *ri-civilizzazione* del diritto privato gioca perciò all'interno dei vincoli discorsivi e delle risorse operative che essa, istituendosi, ha dispiegato. Nelle pagine di Bianca è la forma dell'universale - che, con il pubblico e con l'uguaglianza, costituisce una treccia - a fronteggiare lo spazio della differenza - autoritaria e privata. Uno può correggere l'altro perché - giusto

[5] Cfr. D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000*, in D.M. Trubek, A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development*, New York, 2006, pp. 25-71.

lo schema topologico - il "sociale" (il più d'uno, l'altro dall'individuale) non può che albergare nel pubblico. Ma il libro di Bianca non attesta soltanto della capacità della "topologia" nel determinare le linee di forza di un programma generosissimo di *ri-civilizzazione* - comune a un'intera generazione di privatisti[6] - e che impone di giocare tutto quanto il residuo di pubblico (che è allora, per così dire, "concentrato" in una Costituzione che si tratta di applicare), ma anche, se non forse soprattutto, del suo venir meno e della crisi che il suo tramonto produce tanto sugli schemi ordinanti come sulla materia da ordinare.

La strategia di *ri-civilizzazione* del diritto privato saggiata ne *Le autorità private* muove dal progetto di misurare, circoscrivendolo, il "quanto" di pubblicità che insiste nel privato. Per dare corso al progetto, Bianca percorre l'ordinata della verticalità *dentro* il diritto privato; la "topologia" del pubblico e del privato si rivela, nonostante tutto, assai più vertiginosa del previsto: e l'elemento - diversamente esorcizzato - che impone questa speciale illuminazione - tutta interna al quadro categoriale del diritto privato - è l'economico (ma sarebbe più corretto dire: i rapporti produttivi; o, ancora meglio: il rapporto sociale di capitale). Variamente "camuffato", esso è il segreto motore che permette alla macchina del giuridico moderno di articolarsi e mantenersi efficace. Tuttavia: è proprio un investimento speciale sul carattere ordinante del diritto privato che potrebbe permettere di leggere nei *poteri privati* il fossile di una diversa "topologia". O almeno, e se non altro, l'impietoso referto della crisi irreversibile di quella moderna. Se è vero che Bianca non può non mancare di illustrare una dinamica di *autonomizzazione del privato* - il suo sfoggiare caratteristiche genuinamente pubbliche e la confusione topologica e tipologica tra autorità e uguaglianza che in esso e attraverso esso non smette di prodursi -, egli sceglie tuttavia, ma conseguentemente, una strategia che lo "agganci" nuovamente al pubblico, che ne eviti cioè - modernamente parlando - la deriva eteronomica. La trascendenza del pubblico resiste come presidio della misura, del criterio e, in definitiva, dell'uguaglianza. Da un lato il sociale esprime una normatività che ha i caratteri della giuridicità; dall'altro è solo il politico-pubblico che può compiutamente giuridicizzarlo. La posta in gioco è quindi nient'altro che la valutazione del "proprio" del privato: cooperazione, interessi, scambio, circolazione, rapporti, bisogni. Anche ammettendo di insistere, in omaggio alla "topologia moderna", a chiamare questo insieme tanto eteroclito di pratiche con il nome venerabile di "economia", è chiaro che il diritto privato - e le prestazioni che a questo possono essere assegnate - diviene l'operatore

[6] Cfr. L. Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

che decide della qualità giuridica del sociale stesso. Questo dispositivo intrattiene col "pubblico", storicamente e strutturalmente, un rapporto mutevole che la "topologia moderna" ha deciso di fissare una volta per tutte e che la sua indubitabile crisi impone finalmente di mettere sotto cauzione.

L'anno di pubblicazione de *Le autorità private* è in ogni senso periodizzante. 1977[7]. Un anno che segna un passaggio irreversibile nell'immane processo di ristrutturazione del capitalismo avanzato occidentale. L'emergere di una figura che sarà chiamata - con sprezzo dell'ossimoro - "operaio sociale" è l'indice di una socializzazione integrale dei processi di produzione e riproduzione. Le lotte di quegli anni insieme alla ristrutturazione operata dal capitale riconfigurano da cima a fondo lo scenario sociale e consegnano al lavoro vivo un protagonismo politico senza precedenti. Si tratta di una trasformazione in cui siamo ancora immersi: la crisi della "topologia moderna" è quindi, materialmente appresa, crisi irreversibile della forma del salario. Non è un fenomeno che sfugga all'analisi di Bianca:

> (…) le categorie dei contraenti di massa emergono dalla stessa realtà della contrattazione uniforme, nella quale si rispecchiano i vari settori di mercato. Abbandonata l'insufficiente indicazione di una generica figura di consumatore, si appalesa per altro verso equivoco il richiamo alla classe. La categoria dei contraenti di massa si identifica invece proprio in relazione al regolamento contrattuale che si pone come oggetto di intervento. L'atteggiamento generalmente negativo nei confronti di soluzioni di tipo "collettivo" trova la sua più seria ragione nel rilievo della carenza organizzativa delle categorie non imprenditoriali al di fuori del lavoro subordinato. Deve ammettersi, d'altro canto, che la carenza organizzativa si spiega anche, a sua volta, nella mancanza di una precisa competenza delle rappresentanze di categoria nella determinazione dei regolamenti contrattuali. L'intervento pubblico potrebbe allora creare questa competenza già semplicemente consentendo la possibilità di una deroga alla disciplina legale del rapporto attraverso accordi delle rappresentanze di categoria. Questo tipo di intervento pubblico volto a stimolare indirettamente l'organizzazione delle categorie meno sensibili agli interessi solidali verrebbe ad incidere in definitiva sulla causa stessa della disparità della categoria e del suo assoggettamento alla categoria contrapposta[8]

Bianca descrive - dall'interno di una logica topologicamente moderna e squisitamente giuridica - la crisi del modello salariale: la difficoltà di distinguere classe e consumo, lo stesso venir meno della distinzione, fa saltare il piano di un solidarismo pubblico capace di correggere, con un di

[7] L. Caminiti, S. Bianchi (a cura di), *Settantasette. La rivoluzione che viene*, Roma, 2004.
[8] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., pp. 80-81.

più di uguaglianza, un eccesso di autorità. La "carenza organizzativa" evocata in queste pagine è cioè il nome di uno storico re-impaginarsi dei rapporti tra modo di produzione e forma di vita e quindi di un necessario ri-organizzarsi della "topologia" incapace di sostenere l'urto che preme proprio sugli assi logici che le avevano permesso di istituirsi. La confusione tra pubblico e privato è, in questo vero e proprio passaggio d'epoca, figura della crisi di quel privato istituito dal pubblico sotto la specie di un economico naturalizzato. Il cortocircuito di uguaglianza e autorità (o differenza) è il sintomo del tramonto di quel dispositivo che aveva potuto tanto a lungo tenerlo in forma. Le ultime dieci pagine de *Le autorità private* sono infatti null'altro che una riflessione, tesa, inquieta e intelligente, sulla difficoltà di qualificare il diritto privato secondo l'ereditato modello topologico moderno. Tutti i criteri distintivi sembrano venire meno e la confusione assume tratti ricorsivi e parossistici: il problema non è più tanto di distinguere il pubblico dal privato ma di qualificare, isolare e determinare se e cosa sia un privato del pubblico e un pubblico del privato. L'esito della riflessione di Bianca, che rimane, forse suo malgrado, ancora attratta nell'orbita della "topologia moderna", ha in ogni caso il potere di mostrare una possibile via di uscita dall'impasse: "Il diritto privato si conferma, in definitiva, come diritto dei comuni rapporti giuridici e, in questo senso, come diritto comune delle persone e dell'economia"[9].

Bianca finisce cioè per riconoscere all'autonomia privata una potenza normativa singolare: proprio quella che la "topologia" mistificava, costringendola al ruolo - abbiamo già detto: funzionale e naturalizzato - di *repoussoir* del pubblico e risolvendola integralmente nello scambio. Sembrerebbe tuttavia che l'ammissione di una produzione privata del diritto - quindi di un'autonomia del *diritto dei privati* dal *diritto privato del diritto pubblico* - sia impedita nel suo senso pieno dal permanere dell'identificazione del diritto privato con l'economico, dal riprodursi cioè - benché in forma mitigata - dell'effetto di naturalizzazione più tipico della "topologia". Bianca va oltre: la correzione "pubblicistica" del privato potrebbe infatti non avere la forma di un'operazione o di un intervento esterno e *surplombant*, ma piuttosto quella del riconoscimento di un principio di solidarietà logicamente interno - inerente - allo stesso privato e alle sue dinamiche:

> Nella misura in cui si afferma effettivamente l'esigenza di una valutazione degli interessi del singolo in relazione ai fini di giustizia sociale, il dato caratterizzante del diritto privato diviene quello della solidarietà sociale[10].

[9] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 88.
[10] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 90.

Bianca è dunque un erede molto singolare della "topologia moderna". Se è vero che il suo progetto di *ri-civilizzazione* del diritto privato è tributario - nel senso che non può non scontarlo - dell'effetto di naturalizzazione che vuole il privato istituito sotto la specie dell'individuale e secondo la forma dello scambio, è altresì vero che il suo volume testimonia, nella revisione delle categorie e della forma di vita che esse descrivono, anche della crisi irreversibile della "topologia" finendo con il lumeggiare un diverso esito possibile. Quello che riconosce l'esistenza di un diritto privato che, non coincidendo con il diritto privato del diritto pubblico e della "topologia moderna", è un diritto privato integralmente trascorso in un diritto dei privati, sicché la solidarietà non sarebbe tanto quel supplemento d'anima che il diritto pubblico si incarica di inoculargli come un vaccino, quanto piuttosto un carattere logico, intrinseco e proprio alla sua stessa struttura logica e materiale. Il diritto privato, compreso come diritto dei privati, avrebbe cioè un suo interno e tipico carattere di pubblicità - che, seguendo Bianca, ha il nome di solidarietà - e che lo disloca, liberandolo, dalla caricatura che di esso ha fornito per un tempo tanto lungo la "topologia moderna".

4. *Istituire o regolare*

Riassumiamo, prima di concludere. Esistono due storie del diritto privato. Una è la storia della "topologia moderna", vale a dire della genesi del diritto privato come effetto del diritto pubblico. A rigore, e a dispetto dell'equivoco, dovremmo quindi parlare in questo caso di un *diritto privato del diritto pubblico*. Sulla divisione del lavoro morale che questa topologia ha concorso a produrre e sugli effetti in ogni senso decisivi che essa ha avuto sul modo tipicamente occidentale di apprendere la politica si è già detto. Sulla crisi di questo modello, anche. *Le autorità private*, inscritto sulla soglia di quella crisi, e necessariamente percorso dalla difficoltà e dalla incertezza tra l'ipotesi di sfruttare, contro di essa, tutte le risorse logiche e operative della "topologia" e la tentazione di sbarazzarsene, costituisce un segnavia esemplare. La stessa inquietudine che lo percorre ha permesso infatti di isolare un'altra possibile storia del diritto privato: quella che lo separa dal diritto pubblico e quindi dal diritto privato del diritto pubblico. Quella che lo emancipa dalla sua identificazione con il circuito dello scambio e che lo costringe alla forma logica della patrimonialità. Quella che infine

lo restituisce al suo carattere genuinamente *civile*, dunque cooperativo, dunque solidale. Si sarebbe quindi tentati di chiamare questo *diritto privato ri-civilizzato* un *diritto dei privati*[11]. È probabile che proprio attorno a questa qualificazione si giochi oggi una partita speculativamente e politicamente decisiva e che, va da sé, qui non potrà che essere appena adombrata.

Il primato del diritto privato e la sua tendenziale identificazione con una teoria generale sono infatti l'esito del tramonto della "topologia". È solo un diritto privato che non dipende nella sua istituzione dal movimento dialettico che lo lega - determinandone campo, funzione e prestazioni - al pubblico a costituire l'ingrediente di base della riflessione contemporanea. Una riflessione che è però tutt'altro che unanime e consensuale, ma anzi percorsa da alternative anche profondamente divergenti. Tuttavia, è a partire dal medesimo fenomeno che esse prendono le mosse. Si tratta allo stesso tempo di "tradimenti" e prosecuzioni possibili di quel lascito. Siano per comodità due modelli: il diritto privato regolatorio[12] e il diritto dei privati. In questi due programmi così apparentemente lontani andranno letti due modi di intendere la pubblicità del diritto privato impegnati a negoziare diversamente l'eclissarsi della "topologia".

In entrambi i casi è infatti in gioco una profonda ridistribuzione dei valori di pubblico e privato: articolazioni logiche e operative che dicono, nei due casi, altro rispetto alle determinazioni tipiche della "topologia". In entrambi i casi, quindi, ciò che è possibile isolare logicamente, e che non era stato possibile fare prima, è *il privato in quanto privato*. Nel caso del diritto dei privati ciò che viene in piena luce è la capacità degli attori di dare forma giuridica ai rapporti senza ricorso a una mediazione verticale (statuale e pubblico in una cornice istituzionalista e pluralista, infatti, non possono che coincidere). Nel diritto dei privati siamo dunque completamente fuori dall'opposizione tra diritto pubblico e diritto privato perché quest'ultimo - che esiste davvero e che è davvero civile soltanto in forza del togliersi di quella dialettica - è adesso niente altro che il nome della cooperazione sociale: l'ordine o l'assetto, efficace perché intelligente, delle attività cooperanti, la grammatica ordinante che permette composizione e trasformazione dei collettivi. Il piano dei rapporti inter-privati si autoregola secondo una logica immanente e orizzontale. Il diritto dei privati scommette cioè sulla *chance* di qualificare diversamente la "pubblicità" degli atti privati

[11] Cfr. W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Macerata, 2018.

[12] Si vedano, a titolo puramente programmatico, almeno P. Sirena, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.* 1, 2017, pp. 101-114 e A. Zoppini, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, pp. 515-530, *ivi*, 2013.

restituendo loro quel carattere istituente e cooperativo che giace, insepolto, al cuore del diritto privato. L'effettività è forse il nome di questa singolare pubblicità di un diritto che coincide con la forma logica della cooperazione e dell'interazione. In questo quadro il rapporto tra uguaglianza e autorità è necessariamente e profondamente rinegoziato, al punto che si potrebbe parlare, a rigore, di una eguaglianza non autoritaria perché fondata non già altrove o a dispetto bensì in forza e dentro il diritto privato stesso. Si tratterebbe cioè di portare alle loro più estreme conseguenze le intuizioni di Bianca sulla inerenza logica - non morale - della solidarietà al campo dei rapporti tra privati.

Nel caso del diritto privato regolatorio, che pure isola un privato non dipendente dalla macchina dialettica messa in moto e mantenuta in vita dalla "topologia", la strategia messa a punto è altrettanto, ma diversamente, sofisticata. Su questa scena è infatti il diritto privato a occupare la "posizione" che fu del diritto pubblico all'interno del quadro logico disegnato dalla "topologia moderna". In questo caso è cioè la stessa forma - privata - che si incarica di correggere la differenza che la avrebbe altrimenti definita; il diritto privato regolatorio immagina e postula quindi un'orizzontalità in grado di produrre, da sé sola, una sua propria verticalità. Ci troviamo perciò di fronte a un'interna specializzazione tra un *diritto privato pubblico* e un *diritto privato privato*. Il diritto privato regolatorio assegna infatti al diritto privato l'ufficio che fu - nel quadro moderno - quello del diritto pubblico. Anche in questo caso dunque l'asse trascendente tipico della "topologia moderna" è assorbito dal piano di immanenza dei rapporti inter-privati. E tuttavia - come un residuo trascendente che insiste nella stessa espressione, indice di una fondamentale non omogeneità tra piani, di "regolazione" - l'elemento della naturalizzazione del privato sotto la specie dell'economico (o della differenza come scambio) non cessa di essere centrale. È in gioco, una volta di più, l'equivalenza - e le strategie di naturalizzazione e denaturalizzazione giuridica che ne conseguono - tra "economico" e "sociale". Laddove per il diritto dei privati il diritto privato costituisce niente meno che l'infrastruttura propria del sociale (che coincide logicamente con la cooperazione, ma le cui forme di organizzazione restano impregiudicate), il diritto privato regolatorio considera il diritto una, certo singolare, sovrastruttura; vale a dire la tecnica più adatta e il modo migliore di governare un'attività - quella concorrenziale che ha luogo sul mercato - che in qualche misura, e almeno in linea di principio, potrebbe prescindere dalle sue operazioni. Un diritto privato che organizza e istituisce (la stessa scena su cui opera), da un lato, e uno che regola (un'attività altrimenti

giustificata), dall'altro.

Se in un caso dunque, quello del diritto dei privati, la "topologia moderna" può dirsi senz'altro liquidata, nell'altro - quello del diritto privato regolatorio - essa subisce un sofisticatissimo e vertiginoso restauro. In entrambi e per entrambi i programmi, aldilà di contatti e divergenze, ciò che resta da pensare non è altro - sono, ancora una volta, parole di Bianca - che il "momento pubblicistico" del privato stesso. Per farlo occorrerà liberarsi una volta per tutte e fino in fondo della presa così tenace della "topologia moderna". Le ipotesi che questi programmi hanno entrambi deciso di scartare sono chiare: non si tratta né di pubblicizzare il privato né di privatizzare il pubblico. Ma, al contrario, di sovvertire - o di far girare a vuoto - questa stessa dialettica che finisce per fare del privato, sempre e comunque e in ogni caso, un effetto del pubblico e quindi per trasformarlo nella forma eminente dell'economico. Nondimeno, questo privato finalmente riconsegnato a se stesso e alle sue logiche non si lascia pensare univocamente. È una sfida appassionante e occorrerà prenderla sul serio. Per paradossale che possa apparire, non c'è tuttavia nulla di enfatico nel ritenere che è anche dal modo in cui verremo a capo di questa alternativa che dipende tanta parte del futuro di quello che ci ostiniamo a chiamare "politica".

I POTERI PRIVATI
NEI RAPPORTI ORGANIZZATIVI

Andrea Fusaro

L'autonomia organizzativa negli Enti del Terzo Settore

Sommario: 1. Lo scenario recente – 2. Il Codice del Terzo Settore – 2.1. Gli ETS – 2.2. La pubblicità – 3. Le associazioni e le fondazioni del Terzo settore – 4. Conclusioni.

1. *Lo scenario recente*

Negli ultimi decenni si era intensificata la produzione di leggi speciali[1], nel cui ambito aveva ricevuto apprezzamento la specifica finalità perseguita dall'ente e sono state elaborate discipline di settore. A fronte della concessione di incentivi, prevalentemente fiscali, la normativa di sostegno aveva previsto controlli sull'attività, imponendo ora la previsione statutaria della redazione di bilanci e rendiconti, ora l'adozione di una struttura democratica, altra volta sono stati prefissati i requisiti soggettivi degli aderenti[2]; è apparso il ricorso al criterio dell'adeguata rappresentatività per giustificare l'attribuzione del contributo[3].

Il modello normativo di burocrazia interna è stato imperniato sulla democraticità della struttura e l'elettività delle cariche[4], aggiungendo poi il riferimento all'uguaglianza dei diritti di tutti gli associati[5], in questo modo attuando le indicazioni formulate da articolate riflessioni civilistiche le quali avevano illuminato fondamenti e limiti della legittimazione dell'autorità

[1] Dalla l. 266/1991 sul Volontariato, all'art. 141, d. legisl. 58/1998 sulle associazioni di azionisti, sino alla l. 281/1998, sui consumatori.
[2] Per le associazioni dei donatori del sangue ai sensi dell'art.1, lett. *b*), d.m. 7 giugno 1991 attuativo della l. 107/1990.
[3] Come per le associazioni venatorie a mente dell'art. 34, l. 157/1992. In tema F. Rigano, *La tutela della "corretta" concorrenza fra associazioni non lucrative e imprese*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 400.
[4] Art. 3, c. 3, l. 266/1991.
[5] Art. 3, c. 1, lett. *f*), l. 383/2000.

privata nei gruppi[6]. A propria volta, l'ordinamento tributario ha dato prova di pragmatismo, mutuando l'impostazione nordamericana incline a valorizzare le varie - e tra loro distanti - curvature dello scopo non lucrativo, in particolare dotando di fondamento normativo la contrapposizione tra la finalità egoistica (comprensiva di quella mutualistica) e quella altruistica, riservando a quest'ultima i massimi favori, e circondando la prima di sospetto. Tale superiore solerzia sul versante fiscale ha prodotto nella prassi, poi nella legislazione, una congiuntura destinata a durare. La previsione di incentivi ha indotto comportamenti strategici volti ad adeguare la *governance* ai requisiti prescritti, alla concessione di trattamenti agevolati facendo corrispondere la compressione all'autonomia organizzativa. La spirale ha poi avviluppato la produzione legislativa, che ha intrecciato prescrizioni civilistiche alle previsioni tributarie.

La preclusione circa la divisione di utili, nonché verso la distribuzione dell'attivo residuato alla liquidazione, è palesemente volta ad impedire il lucro di tutti; della prevenzione della locupletazione del gruppo di comando si danno carico il divieto di partecipazioni temporanee, nonché le prescrizioni circa la disciplina uniforme del rapporto associativo, l'elettività delle cariche, la predeterminazione delle ipotesi di recesso ed esclusione; in posizione intermedia si collocano la pretesa del criterio "una testa un voto", nonché la preclusione circa la cedibilità delle quote, rivolti a osteggiare il conseguimento indiretto del lucro, insieme al consolidarsi di una struttura plutocratica.

Tali prescrizioni, sebbene ispirate dall'intento di prevenire lo sviamento della causa associativa, hanno realizzato altresì una funzione protettiva del singolo nei confronti di strutture oligarchiche e hanno contenuto l'autonomia organizzativa.

Il diritto degli enti non lucrativi è, così, avanzato al traino del carro tributario[7].

[6] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 19 ss. osservava come la partecipazione all'organo deliberante ponga il singolo in posizione egalitaria rispetto agli altri compartecipi e giustifichi l'assoggettamento alla decisione della maggioranza, aggiungendo che «deve invece ravvisarsi la violazione del principio di eguaglianza quando il potere decisionale non spetti a tutti i componenti del gruppo, ma sia rimesso in via assoluta e definitiva alla competenza di organi ristretti».

[7] Avevo sviluppato queste considerazioni nel saggio A. Fusaro, *Per un diritto delle associazioni nel terzo millennio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 287 ss.

2. *Il Codice del Terzo Settore*

Dopo tante proposte - prevalentemente incentrate sulla revisione del libro primo[8] - è stata varata la riforma del Terzo settore, incentrata sulla riscrittura della legislazione speciale. La l. 106/2016[9], in particolare l'art. 1, c. 2, lett. *b*), ha previsto il riordino e la revisione organica della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del Terzo settore[10] di cui al c. 1 del medesimo articolo, compresa la disciplina tributaria applicabile a tali enti, mediante la redazione di un apposito Codice[11]. Questo è stato adottato con il d. legisl. 117/2017[12], che in apertura ferma l'obiettivo indicato al fine di "sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione" (art. 1).

I principi generali sono fissati attraverso il riconoscimento del valore e della funzione sociale "degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione

[8] Doveroso ricordare le proposte menzionate nel mio lavoro A. Fusaro, *Dalle formazioni di volontariato alle associazioni di promozione sociale: un decennio di leggi speciali*, in G. Visintini (a cura di), *Gli enti non profit tra codice civile e leggi speciali*, Napoli, 2003, p. 127 ss.

[9] Recante delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale. Si segnala il commento di G. Ponzanelli, *Terzo settore: la legge delega di riform*a, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2017, I, p. 726 ss.

[10] A termini dell'art. 1, c. 1, l. 106/2016, per Terzo settore si intende "il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi".

[11] Nella seduta del 28 giugno 2017, il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva i due decreti legislativi recanti il Codice del Terzo settore e la nuova disciplina dell'Impresa sociale; il 18 e il 19 luglio sono stati pubblicati in Gazzetta i due decreti legislativi di riordino del cinque per mille (d. legisl. 111/2017) e dell'impresa sociale (d. legisl. 112/2017); il 3 agosto è entrato in vigore il d. legisl. 117/2017, Codice unico contenente le disposizioni fiscali per gli enti non lucrativi e le nuove regole per le Onlus, le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale.

[12] Adottato a norma dell'art. 1, c. 2, lett. *b),* l. 106/2016, (17G00128), pubblicato sulla GU n. 179 del 2 agosto 2017 - Supplemento Ordinario n. 43. L'art. 1, c. 7, d. legisl. 117/2017 prevede una revisione dopo un anno.

di partecipazione, solidarietà e pluralismo", di cui "è promosso lo sviluppo salvaguardandone la spontaneità ed autonomia, e ne è favorito l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali" (art. 2).

Il perimetro applicativo delle disposizioni è esteso alle "categorie di enti del Terzo settore che hanno una disciplina particolare", purché non derogate e "in quanto compatibili" (art. 3). Per quanto non previsto dal Codice, agli enti del Terzo settore si applicano le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione[13].

Com'è stato notato[14], in questo modo prendono forma tre aree concentriche, delle quali il Codice Civile occupa la più ampia, residuale, dove a un supplemento di autonomia corrisponde l'assenza di incentivi fiscali, in linea con la tendenza ormai radicata. Quest'ultimo cerchio sopravvive pressoché immodificato - fatta eccezione per l'art. 42 bis c.c. -, in ragione della mancata attuazione della delega, che pure aveva disposto si provvedesse "nel rispetto e in coerenza con la normativa dell'Unione europea e in conformità ai principi e ai criteri direttivi" previsti dalla legge[15].

L'impostazione adottata dal legislatore è riconducibile al modello comunemente qualificato a cannocchiale, con alcune varianti. Vi corrisponde l'anticipazione della disciplina dedicata agli ETS in generale (contenuta

[13] Fatto salvo quanto previsto dal Capo II del Titolo VIII, le disposizioni del Codice non si applicano agli enti di cui al d. legisl. 153/1999 (art. 3, c. 3, d. legisl. 117/2017).

[14] G. Ponzanelli, *Enti del Terzo Settore: la categoria*, relazione al Convegno *La riforma del c.d. Terzo Settore*, organizzato dalla Fondazione italiana del Notariato e dalla Luiss presso la sede di quest'ultima a Roma il 22 giugno 2017, i cui atti saranno raccolti in un volume della collana *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, edita da Il Sole24ore.

[15] L'art. 1, c. 2, lett. *a*), l. 106/2016, aveva previsto che, con i decreti legislativi da adottarsi entro un anno, si provvedesse in particolare alla "revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute". I principi e criteri direttivi figurano all'art. 2 e consistono nel riconoscere, favorire e garantire: "il più ampio esercizio del diritto di associazione e il valore delle formazioni sociali liberamente costituite, ove si svolge la personalità dei singoli, quale strumento di promozione e di attuazione dei principi di partecipazione democratica, solidarietà, sussidiarietà e pluralismo", ai sensi della Costituzione; inoltre "l'iniziativa economica privata il cui svolgimento, secondo le finalità e nei limiti di cui alla presente legge, può concorrere ad elevare i livelli di tutela dei diritti civili e sociali"; ancora "assicurare, nel rispetto delle norme vigenti, l'autonomia statutaria degli enti, al fine di consentire il pieno conseguimento delle loro finalità e la tutela degli interessi coinvolti"; infine "semplificare la normativa vigente, garantendone la coerenza giuridica, logica e sistematica".

nel titolo II) rispetto a quella riguardante le singole categorie (titolo V); è ancora allineata la collocazione liminare delle norme rivolte al Volontario e all'attività di Volontariato (titolo III), in quanto eventualità a disposizione di tutti gli ETS; la presenza delle associazioni e fondazioni del Terzo settore nel titolo IV si giustifica in considerazione della circostanza che non vi è calata una categoria autonoma, bensì una serie di regole che "si applicano a tutti gli enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione" (art. 20).

A ciò si aggiunga che l'art. 4, c.1, annovera bensì associazioni e fondazioni tra gli ETS, ma poi l'art. 46 non vi dedica alcuna sezione autonoma, cosicché si apre l'alternativa ermeneutica, tra intendere smentita quella previsione - dal momento che l'iscrizione nel Registro è costitutiva ai sensi del medesimo primo comma dell'art.4 -, e ritenere che le associazioni, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società di cui all'art. 4, se titolari di tutti i requisiti per acquisire la qualifica di ETS, si iscriveranno nella sezione di cui alla lett. *g*) dell'art. 46, dedicata agli "altri enti del Terzo settore". La seconda lettura si lascia preferire e la ragione alla base di tale omissione dall'elenco è indicata da una voce competente, la quale considera che l'art. 4 presuppone una visione degli ETS divisi tra tipici e atipici: per odv, aps, enti filantropici, impresa sociale, reti e mutuo soccorso, in quanto ETS tipici, sono previste altrettante sezioni; diversamente fondazioni, associazioni e altri sono considerati atipici (e residuali) e in quanto tali ricadono tutti nella sezione del registro "altri enti del Terzo settore". Il che presuppone ovviamente anche una certa visione di favore affinché gli enti possano riconoscersi e indirizzarsi verso le forme tipiche[16]. Occorre, poi, non trascurare l'eventualità che, in fase di decretazione ministeriale attuativa del Registro, siano aggiunte ulteriori sezioni.

L'applicazione delle regole dettate per associazioni e fondazioni a tutti gli ETS costituiti in tali forme determina la comunanza della disciplina contenuta negli artt. 20-31, la quale integra le disposizioni del libro primo con molte regole societarie. Tra le prime si segnala la conservazione dell'iter vigente per l'acquisto della personalità giuridica (art. 22, c. 1), i requisiti per atto costitutivo e statuto (art. 21), la forma dell'atto pubblico per le modifiche statutarie (art. 22, c. 6), l'autonomia patrimoniale perfetta per associazioni riconosciute e fondazioni (art. 22, c. 7). Tra le seconde: la nuova modalità per l'acquisto della personalità giuridica (art. 22, c. 2 - 3), l'indicazione di

[16] G. Ponzanelli, *Enti del Terzo Settore: la categoria,* cit., pensa, tra gli altri, a enti che svolgono attività economica in modo stabile nei settori dell'art. 5 - che ben possono farlo in quanto ETS - ma per i quali è prevista una fiscalità agevolata se assumono la qualifica di impresa sociale.

una soglia fissa di patrimonio minimo, la previsione di una relazione per i conferimenti in natura (art. 22, c. 4), l'obbligo di assumere provvedimenti a fronte della riduzione di oltre un terzo (art. 22, c. 5), tutte mutuate dalle società di capitali; la procedura di ammissione di nuovi soci (art. 23) ricevuta dalle norme in tema di cooperative; la disciplina delle assemblee (artt. 24, 25) a immagine di quella dettata per le cooperative (art. 2528 c.c.).

I richiami a regole societarie sono particolarmente numerosi in tema di amministrazione, circa sia la nomina e i poteri dell'organo (l'art. 26 richiama l'art. 2382 c.c.), sia il conflitto di interessi (l'art. 27 contiene riferimento all'art. 2475 ter c.c.), sia la responsabilità (l'art. 28 richiama gli artt. 2392, 2393, 2393 bis, 2394, 2394 bis, 2395, 2396, 2407 c.c. e l'art. 15, d. legisl. 39/2010). Altrettanto in tema di controllo (l'art. 29 evoca l'art. 2409 c.c.; l'art. 30 riproduce la disciplina del collegio sindacale della S.p.a., nel tenore e tramite riferimento agli artt. 2397, 2399 c.c., nonché al d. legisl. 231/2001), e di revisione legale dei conti (l'art. 31 è tagliato sull'art. 2409 bis c.c.).

2.1. *Gli ETS*

Il Titolo II è dedicato agli Enti del Terzo Settore in generale[17]. L'ambito

[17] Per tali intendendo "le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore" (art. 4, c. 1). Sono espressamente emarginate "le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2011, n.165, le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro, nonché gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, ad esclusione dei soggetti operanti nel settore della protezione civile alla cui disciplina si provvede ai sensi dell'articolo 32, comma 4. Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente comma i corpi volontari dei vigili del fuoco delle Province autonome di Trento e di Bolzano e della Regione autonoma della Valle d'Aosta" (art. 4, c. 2). Agli enti religiosi civilmente riconosciuti il decreto in oggetto si applica "limitatamente allo svolgimento delle attività di cui all'articolo 5, a condizione che per tali attività adottino un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che, ove non diversamente previsto ed in ogni caso nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti, recepisca le norme del presente Codice e sia depositato nel Registro unico nazionale del Terzo settore". Inoltre, per lo svolgimento di tali attività è prescritta la costituzione di un patrimonio destinato e la separata tenuta delle scritture contabili di cui all'art. 13.

è composito: alcune tipologie preesistevano, altre hanno preso vita con il Codice; la disciplina risulta ora conservata, ora innovata. Sotto il profilo teleologico la cesura rispetto agli enti del libro primo è notevole: a seguito della riforma Bassanini per quelli ci si è accontentati della liceità e possibilità dello scopo; per questi sono ora pretese finalità "civiche solidaristiche e di utilità sociale".

La connotazione dell'ETS è, dunque, affidata al duplice requisito dello scopo prefisso e dell'attività svolta: il primo è identificato nel "perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" (art. 5); il secondo è fatto consistere nell'esercizio - da parte di soggetti diversi dalle imprese sociali (incluse invece le cooperative sociali) - "in via esclusiva o principale" di "una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale".

Sono considerate di interesse generale, se "svolte in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio", le attività indicate all'art. 5, c. 1, attraverso un elenco solo in parte coincidente con quello dell'impresa sociale[18]. A fianco di queste ne sono consentite altre (art. 6), alla duplice condizione che "l'atto costitutivo o lo statuto lo consentano" e "siano secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale", secondo criteri e limiti definiti con decreto ministeriale[19]. È separatamente contemplata la raccolta fondi[20].

[18] Art. 2 d. legisl. 117/2017, nell'ambito "delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale di cui all'articolo 1, comma 1, della legge 6 giugno 2016, n.106, nonché delle finalità e dei principi di cui agli articoli 1 e 2 del presente Codice", tramite regolamento "da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n.400 su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza Unificata, acquisito il parere delle Commissioni parlamentari competenti".

[19] Precisamente con decreto "del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n.400, sentita la Cabina di regia di cui all'articolo 97, tenendo conto dell'insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate in tali attività in rapporto all'insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate nelle attività di interesse generale".

[20] Per tale intendendo (art. 7) "il complesso delle attività ed iniziative poste in essere da un ente del Terzo settore al fine di finanziare le proprie attività di interesse generale, anche attraverso la richiesta a terzi di lasciti, donazioni e contributi di natura non corrispettiva". Agli ETS è consentito inoltre condurre "attività di raccolta fondi anche in forma organizzata e continuativa, anche mediante sollecitazione al pubblico o attraverso la cessione o erogazione di beni o servizi di modico valore, impiegando risorse proprie e di terzi, inclusi volontari e dipendenti, nel rispetto dei principi di verità, trasparenza e correttezza nei rapporti con i sostenitori e il pubblico, in conformità a linee guida adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentiti la Cabina di regia

Dall'art. 5, c. 1, è prescritta pure l'assenza di scopo di lucro, che trova disciplina a fianco della destinazione del patrimonio, in virtù della comune previsione[21]. Quale realizzazione di tale precetto è presentato il divieto della "distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo" (c. 2). La previsione di maggior interesse figura al c. 3, dove sono indicate le ipotesi di "distribuzione indiretta di utili", recuperando le indicazioni dettate da previdenti norme del settore. È consueto abbinare prescrizioni circa la devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento e questa legge non si sottrae alla regola[22].

Si collega al divieto del lucro soggettivo la previsione - nel Codice sistemata più avanti - relativa alla presenza di dipendenti e al loro trattamento economico e normativo, garantito "non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81". All'evidente fine di limitare i privilegi si esclude che la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti possa essere "superiore al rapporto uno a otto, da calcolarsi sulla base della retribuzione annua lorda" (art. 16).

Integra un'innovazione di rilievo l'accesso degli ETS - purché dotati di personalità giuridica e iscritti nel registro delle imprese - ai patrimoni destinati a uno specifico affare ai sensi e per gli effetti degli artt. 2447-bis ss. c.c. (art. 10).

di cui all'articolo 97 e il Consiglio nazionale del Terzo settore" (art. 7, c. 2).

[21] Per cui "Il patrimonio degli enti del Terzo settore, comprensivo di eventuali ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate è utilizzato per lo svolgimento dell'attività statutaria ai fini dell'esclusivo perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" (art. 8).

[22] Sono qui riproposte prevedendo che "in caso di estinzione o scioglimento, il patrimonio residuo è devoluto, previo parere positivo dell'Ufficio di cui all'articolo 45, comma 1, e salva diversa destinazione imposta dalla legge, ad altri enti del Terzo settore secondo le disposizioni statutarie è o dell'organo sociale competente o, in mancanza, alla Fondazione Italia Sociale. Il parere è reso entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta che l'ente interessato è tenuto a inoltrare al predetto Ufficio con raccomandata a/r o secondo le disposizioni previste dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n.82, decorsi i quali il parere si intende reso positivamente. Gli atti di devoluzione del patrimonio residuo compiuti in assenza o in difformità dal parere sono nulli" (art. 9).

2.2. *La pubblicità*

Il regime della pubblicità integra uno degli aspetti maggiormente innovativi. Riveste ruolo cruciale il Registro unico del Terzo Settore, tenuto dal Ministero del Lavoro, quale realizzazione dell'art. 4, l. 106/2016 che l'ha prefigurato coerente con gli obiettivi di semplificazione delle procedure. L'iscrizione è obbligatoria solo per gli enti che intendono avvalersi del regime agevolativo (figura qui ricopiata l'espressione adottata per le organizzazioni di volontariato), quindi configura un onere, gli altri enti rimangono "sommersi".

È stato denunciato il contrasto di questa concezione con l'art. 11, c. 1, a tenore del quale gli ETS "si iscrivono", e con l'art. 22, per cui "il notaio deve", sottintendendo l'obbligo del notaio di chiedere l'iscrizione nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore. Nell'ottica di queste ultime disposizioni non vi sarebbe margine di derogabilità; in questo senso deporrebbe pure l'art. 50, c. 2, alludendo a una conferma dell'obbligo di iscrizione. Nondimeno l'art. 13, c. 7 obbliga a depositare il bilancio gli ETS iscritti. Quindi una volta assunta la qualifica di ETS non si potrebbe agire in modo sommerso, a differenza da quanto ritenuto per le formazioni di volontariato; qualcuno vi ha ravvisato un eccesso di delega rispetto all' art. 4, l. 106/2016, in quanto impone la registrazione[23].

Il regime della pubblicità commerciale riflette l'elaborazione che, sulla scorta di insegnamenti dottrinali autorevoli e risalenti[24], la circoscrive all'esercizio dell'attività "esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale", con una formula non impeccabile[25].

L'art. 11 prescrive l'iscrizione degli ETS nel Registro unico nazionale del Terzo settore e l'indicazione del numero negli atti, nella corrispondenza e nelle comunicazioni al pubblico (c. 1). Gli enti che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale devono iscriversi anche nel Registro delle imprese (c. 2), salvo si tratti di imprese sociali, per le quali "l'iscrizione nell'apposita sezione del registro

[23] N. Riccardelli, *Il Registro unico nazionale del Terzo Settore*, in *Terzo Settore, Non Profit e Cooperative*, 2018, n.1, p.6 ss..

[24] Avevo illustrato questa ascendenza dell'orientamento radicatosi negli anni novanta in A. Fusaro, *Le associazioni imprenditrici e il registro delle imprese*, in *Contr. e impr.,* 1995, p. 617 ss.

[25] G. Marasà, *Enti del Libro primo ed attività di impresa: problemi di disciplina,* relazione presentata al Convegno *La riforma del c.d. Terzo Settore*, cit., denuncia l'ambiguità della formula, ipotizzando che intenda richiamare i requisiti dell'art. 2082 c.c., ma obiettando che questi enti hanno già consistenza e che non esiste una forma di impresa commerciale.

delle imprese soddisfa il requisito dell'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore".

L'identificazione degli ETS è affidata all'impiego dell'acronimo o dell'indicazione distesa nella denominazione, da mantenere anche negli atti e nella corrispondenza nonché, valicando il modello dell'art. 2250 c.c., nelle "comunicazioni al pubblico" (art. 12, c. 1); l'impiego di tali indicazioni è precluso agli altri enti (c. 3).

Il quadro riepilogato sembra comporsi intorno alla natura costitutiva della pubblicità presso il Registro del Terzo settore e alla imprescindibilità della denominazione integrata. L'obbligo di iscrizione nel Registro delle imprese dipende dall'esercizio di attività commerciale in via esclusiva o prevalente. Segue la disciplina del bilancio. L'art. 13, che al c. 1 prescrive per gli ETS la redazione del "bilancio di esercizio formato dallo stato patrimoniale, dal rendiconto finanziario, con l'indicazione, dei proventi e degli oneri, dell'ente, e dalla relazione di missione che illustra le poste di bilancio, l'andamento economico e finanziario dell'ente e le modalità di perseguimento delle finalità statutarie", al c.7 prevede che "gli enti del Terzo settore non iscritti nel registro delle imprese devono depositare il bilancio presso il registro unico nazionale del Terzo settore".

L'obbligo di redazione del bilancio è imposto a tutti gli ETS (art. 13, c. 1)[26].

[26] Quello "degli enti del Terzo settore con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate inferiori a 220.000,00 euro può essere redatto nella forma del rendiconto finanziario per cassa" (c. 2). In ogni caso occorre rispettare la "modulistica definita con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il consiglio nazionale del Terzo settore" (c. 3). La tenuta delle scritture contabili, ai sensi dell'articolo 2214 c.c., è prescritta ai soli ETS "che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale" (c. 4), laddove "l'organo di amministrazione documenta il carattere secondario e strumentale dell'attività di cui all'articolo 6 nella relazione al bilancio o nella relazione di missione" (c. 6); essi sono inoltre obbligati a depositare presso il Registro delle imprese "il bilancio di esercizio redatto, a seconda dei casi, ai sensi degli articoli 2423 ss., 2435-bis o 2435-ter del codice civile" (c. 5). Tra le informazioni obbligatorie da rendere nei bilanci figura quella relativa al rispetto della previsione riguardante le retribuzioni dei dipendenti (art. 16, inciso 3). Oltre al bilancio ordinario, agli ETS con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate superiori a un milione di euro è imposta la redazione di quello sociale "redatto secondo linee guida adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentiti la Cabina di regia di cui all'articolo 97 e il Consiglio nazionale del Terzo settore, e tenendo conto, tra gli altri elementi, della natura dell'attività esercitata e delle dimensioni dell'ente, anche ai fini della valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte" ; esso deve venire depositato presso il registro unico nazionale del Terzo settore, e pubblicato nel proprio sito internet (art. 14, c. 1). Inoltre gli ETS con "ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate superiori a centomila euro annui" devono "pubblicare annualmente e tenere aggiornati nel proprio sito internet, o nel sito internet della rete associativa di cui all'articolo 41 cui

3. *Le associazioni e le fondazioni del Terzo settore*

Il titolo quarto è dedicato alle associazioni e fondazioni del Terzo settore. Il suo ambito di applicazione include "tutti gli enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione" (art. 20).

La previsione relativa ad atto costitutivo e statuto (art. 21) ricalca la corrispondente del Codice Civile, con minime variazioni che - tra l'altro - incorporano indicazioni maturate in ambito societario (quale il c. 2 dell'art. 21); la richiesta di personalità giuridica è contemplata quale eventualità. È disciplinato (art. 22) un procedimento opzionale - facente capo all'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore -, ulteriore rispetto a quello vigente, che quindi permane.

L'iter per l'iscrizione presso il Registro del Terzo settore replica quello che fu introdotto per il deposito nel registro imprese delle società di capitali nel 2000 - ed è stato fatto proprio dalla riforma del 2003 -, che è ugualmente incentrato sul notaio. Il suo intervento qui è sottinteso per l'atto costitutivo - almeno in vista dell'iscrizione presso il Registro del Terzo settore - ed è espressamente richiesto per le modifiche statutarie (art. 22, c. 6).

Si constata, tuttavia, un'ibridazione tra ciò che in quella sede è previsto per la costituzione e quanto è indicato per le modifiche statutarie[27]. Il

aderiscano, gli eventuali emolumenti, compensi o corrispettivi a qualsiasi titolo attribuiti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti nonché agli associati" (c. 2). In aggiunta alle scritture contabili, agli ETS è imposta la tenuta di libri sociali (art. 15).

[27] Al pubblico ufficiale - che ha ricevuto l'atto costitutivo di una associazione o di una fondazione del Terzo settore, o la pubblicazione di un testamento con il quale si dispone una fondazione del Terzo settore - l'art. 22 affida la verifica "delle condizioni previste dalla legge per la costituzione dell'ente, ed in particolare dalle disposizioni del presente Codice con riferimento alla sua natura di ente del Terzo settore, nonché del patrimonio minimo di cui al comma 4", al fine di "depositarlo, con i relativi allegati, entro venti giorni presso il competente ufficio del registro unico nazionale del Terzo settore, richiedendo l'iscrizione dell'ente". L'ufficio del Registro unico nazionale del Terzo settore, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive l'ente nel registro stesso (art. 22, c. 2). Il notaio che non ritenga sussistenti le condizioni per la costituzione dell'ente, o il patrimonio minimo, "ne dà comunicazione motivata, tempestivamente e comunque non oltre il termine di trenta giorni, ai fondatori, o agli amministratori dell'ente". Questi ultimi o, in mancanza, ciascun associato, nei trenta giorni successivi al ricevimento della comunicazione del notaio, possono domandare all'ufficio competente di disporre l'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore. Se nel termine di sessanta giorni dalla presentazione della domanda l'ufficio del registro non comunica ai richiedenti il motivato diniego, ovvero non chiede di integrare la documentazione o non provvede

modello normativo di riferimento è certamente quello vigente per le società di capitali, ma il regime approntato per i verbali delle delibere portanti modifiche statutarie qui è stato riferito agli atti costitutivi, verso i quali l'intervento notarile si atteggia assai diversamente: il notaio è tenuto a registrare comunque l'andamento dei lavori assembleari e la volontà formatasi, salvo poi non dar corso al deposito del verbale qualora ritenga ostino ragioni di legittimità; al contrario il pubblico ufficiale può e deve rifiutarsi di ricevere un atto costitutivo viziato. Nella prima congiuntura il controllo di legalità è successivo, nella seconda preventivo. A conforto della ragionevolezza del disegno si è considerata l'eventuale richiesta di iscrizione nel registro formulata al notaio successivamente al ricevimento dell'atto: plausibile in ragione del carattere facoltativo dell'acquisto della personalità giuridica e pure legittima, dal momento che per ogni ETS è imprescindibile uno statuto adeguato (a cominciare dalla denominazione, come s'è visto da uniformare al precetto legale), ma non un capitale minimo, la cui sussistenza è forse suscettibile di certificazione successiva. Ancora ricalcata sul precedente societario è la disposizione che collega l'efficacia delle modifiche statutarie alla pubblicità delle delibere (art. 22, c. 6).

Con scelta da lungo attesa nella pratica, viene quantificato il patrimonio minimo per il conseguimento della personalità giuridica[28]. La sua integrità è successivamente presidiata attraverso l'adozione della disciplina a tutela del capitale attinta dallo stampo societario[29].

Il capo terzo del titolo quarto è dedicato all'ordinamento interno e all'amministrazione delle associazioni e fondazioni del Terzo settore. La rubrica dell'art. 23, a fianco dell'ammissione, fa riferimento anche al carattere aperto, esplicitando la pretesa di un requisito che da tempo è considerato immanente al tipo. Piuttosto che la disciplina del procedimento - la quale ricalca le regole vigenti - rileva la sua tendenziale estensione alle "fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo - note nella prassi come "di partecipazione" - che

all'iscrizione, questa si intende negata" (art. 22, c. 2).

[28] È indicato in "una somma liquida e disponibile non inferiore a 15.000 euro per le associazioni e a 30.000 euro per le fondazioni"; se costituito da beni diversi dal denaro, "il loro valore deve risultare da una relazione giurata, allegata all'atto costitutivo, di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro" (art. 22, c. 4).

[29] Per cui quando risulta che quello minimo previsto per legge "è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, l'organo di amministrazione, e nel caso di sua inerzia, l'organo di controllo, ove nominato, devono senza indugio, in un'associazione, convocare l'assemblea per deliberare, ed in una fondazione deliberare la ricostituzione del patrimonio minimo oppure la trasformazione, la prosecuzione dell'attività in forma di associazione non riconosciuta, la fusione o lo scioglimento dell'ente" (art. 22, c. 5).

recepisce una prassi statutaria ormai diffusa (art. 23, c. 4). Il diritto di voto in assemblea, a fianco dell'accoglimento di tesi dottrinali consolidate (quale il criterio "una testa un voto"), esibisce l'estensione - derogabile dallo statuto - delle regole vigenti per le cooperative che legittimano i soli soci iscritti da almeno un trimestre, restringono la rappresentanza assembleare, ammettono le assemblee separate nelle organizzazioni di maggiori dimensioni (art. 24, c. 4), legittimando modalità di volgimento dei lavori - audio e video conferenza - consueti in ambito societario. Di tali aperture è coerente l'estensione alle fondazioni di partecipazione (art. 24, c. 5).

Anche l'attribuzione all'assemblea di competenze inderogabili (art. 25) riflette una concezione condivisa in dottrina e da tempo fatta propria dal legislatore in tema di società di capitali, che la riforma ha circoscritto alle s. p. a.; soprattutto rileva l'estensione alle associazioni non riconosciute. Integra, ancora, un omaggio alla tradizione veneranda la possibilità che gli statuti delle organizzazioni con un numero di associati non inferiore a cinquecento vengano a disciplinare diversamente le competenze dell'assemblea, purché "nel rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali" (art. 25, c. 2).

L'ampia delega all'autonomia statutaria delle fondazioni di partecipazione[30] conferma l'ossequio del legislatore verso il profilo ricevuto di questi enti. Ulteriore omaggio alla concezione corporativa è prestato dalla previsione della nomina di un organo amministrativo, per iniziativa dell'assemblea, anche nelle associazioni non riconosciute (art. 26, c. 1). In continuità con la linea tracciata, si intreccia l'omaggio alla tradizione con il richiamo di norme societarie, dettate sia per le lucrative, sia per le cooperative (art. 26, c. 2 - 3). Maggiormente innovative sono le previsioni circa l'adozione quali requisiti di onorabilità delle prescrizioni dettate da codici di settore (art. 26, c. 3), la rappresentatività di singole categorie (c. 4) e la possibile riserva della nomina di alcuni amministratori - purché in minoranza - a favore di lavoratori o utenti (c. 5).

[30] "Lo statuto delle fondazioni del Terzo settore può attribuire all'organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, di cui preveda la costituzione la competenza a deliberare su uno o più degli oggetti di cui al comma 1, nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore" (art. 25, c. 3).

4. *Conclusioni*

La definizione di ETS dell'art. 4 è larga, comprensiva di figure già note (associazioni e fondazioni, organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale) e di alcune inedite, quali gli enti filantropici, le reti di associazioni. La novità risiede nella pretesa di finalità "civiche solidaristiche e di utilità sociale", che viene a colorare il profilo teleologico, annichilito dalla riforma Bassanini.

Merita apprezzamento l'estensione delle regole dettate per associazioni e fondazioni a tutti gli ETS, attraverso la quale è stata imposta in maniera generalizzata l'adozione di un ordinamento democratico e assembleare, da tempo auspicato da solide elaborazioni civilistiche. L'attribuzione del voto a ciascun membro, l'elettorato passivo rispetto alle cariche sociali tendenzialmente diffusa integrano altrettante realizzazioni del principio di uguaglianza[31].

La mancata attuazione della delega in ordine all'aggiornamento del libro primo del codice viene, purtroppo, a legittimare il persistere dell'ostilità verso associazioni e fondazioni che non confluiscano tra gli ETS, ancorché attenuata dall'intervenuta abrogazione di singole disposizioni, e consegnata al neocorporativismo espresso dal profluvio di leggi speciali, che ha fatto smarrire il centro nel Codice Civile[32].

[31] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 20 precisa che esso «nella sua diretta precettività ai privati vieta la costituzione di posizioni autoritarie che privino il soggetto della partecipazione a decisioni su interessi di cui egli stesso è portatore».
[32] G. Ponzanelli, *Enti del Terzo Settore: la categoria*, cit.

Francesco Bacchini

Indisponibilità del tipo lavoro subordinato e potere del regolamento interno nelle cooperative di produzione e lavoro

Sommario: 1. Mutualità cooperativistica e tutela del lavoro: un'introduzione costituzionalmente orientata – 2. Lo scopo mutualistico – 3. La posizione del socio lavoratore dopo la l. 142/2001 – 4. Le tipologie di rapporto di lavoro con cui il lavoratore contribuisce al raggiungimento degli scopi sociali – 5. La qualificazione del rapporto e il regolamento – 6. La giurisprudenza – 7. Conclusioni.

1. *Mutualità cooperativistica e tutela del lavoro: un'introduzione costituzionalmente orientata*

La "funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata", costituzionalmente riconosciuta (e favorita) dall'art. 45 e ontologizzata dai principi fondamentali di cui agli artt. 1-4[1], fatalmente si innerva anche nel diritto al lavoro e nell'universale tutela ("in tutte le sue forme ed applicazioni") che gli tributa l'art. 35[2], divenendone strumento di valorizzazione[3] così come (*sui generis*) congegno economico sociale di partecipazione e di collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende *ex* art. 46[4] .

[1] Si veda, A. Nigro, Sub *Art. 45,* in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1980, p. 21.
[2] Sull'applicabilità o meno dell'art. 35 Cost. ai soci di cooperativa, prima e dopo l'avvento della l. 142/2001, si veda, D. Mezzacapo, Sub *Art. 35*, in *Comm. breve leggi lavoro Grandi-Pera*, Padova, 2013, pp. 30-31; si veda anche, G. Villani, *Le cooperative di lavoro*, in M. Napoli (a cura di), *Il «Pacchetto Treu» (l. 24 giugno 1997, n. 196 - Norme in materia di promozione dell'occupazione)*, in *Nuove leggi civ.*, 1998, p. 1440.
[3] In questo senso, F. Galgano, *La cooperazione nel sistema costituzionale*, in *Nuovo dir. agr.*, 1977, p. 413.
[4] In argomento *ex multis*, si sceglie di citare, G. Ghezzi, Sub *art. 46*, in *Comm. cost. Branca*, Bologna-Roma, 1980, p. 69 ss.; G. Ghezzi, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: il problema di una nuova lettura dell'art. 46 della Costituzione*, in Aa.Vv., *La democrazia industriale: il caso italiano*, Roma, 1980, p. 96 ss.; G. Davoli,

Diritto al lavoro e partecipazione alla gestione dell'impresa evidentemente inverati dall'introiezione nel rapporto mutualistico (e sociale) della prestazione di attività lavorative.

E', infatti, proprio l'essenzialità dello scopo mutualistico (oltre all'assenza di fini speculativi ma non di lucro, ovvero di profitto o vantaggio economico[5]), consistente nell'offrire occasioni di lavoro (ma anche beni e servizi) a condizioni più vantaggiose (e numerose) di quelle di mercato, a giustificare la peculiare disciplina protettiva del lavoro in cooperativa che, invertendo l'ordine fra obiettivi e vincoli rispetto all'impresa capitalistica, trasforma il profitto da scopo, pressoché esclusivo, in condizione di efficienza economica e converte le tutele dell'occupazione, della valorizzazione della professionalità, del conseguimento di migliori condizioni di vita, da obblighi in altrettanti fini dell'impresa mutualistica[6].

Alla luce di tale breve introduzione pare, dunque, utile fornire qualche breve cenno sul fondamentale elemento della mutualità, ovvero sul tratto distintivo della disciplina giuridica delle cooperative rispetto a quella delle altre società, precisando sin da subito come il legislatore non lo definisca specificamente[7].

Problemi attuativi dell'art. 46 della Costituzione, Milano, 1990; E. Paparella, Sub *Art. 46*, in *Comm. Cost Bifulco-Celotto-Olivetti*, Torino, 2006, p. 932. È stato inoltre rilevato come l'art. 46 Cost. non abbia, in realtà, ricevuto alcuna concreta applicazione, restando lettera morta per una pluralità di ragioni, tra le quali figurano quelle illustrate da De Angelis: «gli imprenditori hanno costantemente rigettato ogni ipotesi di apertura dei consigli d'amministrazione delle società di capitali alle rappresentanze dei dipendenti, nel timore che […] tali organi potessero trasformarsi in una sorta di duplicati delle commissioni interne; e, di fronte all'ipotesi […] di una mera partecipazione dei lavoratori agli utili della gestione, hanno contrapposto l'obiezione dell'impossibilità di consentire che un gruppo di soggetti […] possa partecipare agli utili senza partecipare anche alle perdite. Dall'altro, le organizzazioni sindacali […] si sono sempre opposte con fermezza a che i propri aderenti assumessero responsabilità gestionali nelle imprese in cui operavano» (L. De Angelis, *Riflessioni sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2012, p. 30). Per approfondire il tema in relazione alle più recenti proposte di legge si veda, P. Ichino, *Partecipazione dei lavoratori nell'impresa: le ragioni di un ritardo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, p. 861 ss.

[5] Si veda A. Nigro, Sub *Art. 45,* cit, p. 32; P. Verrucoli, *La società cooperativa*, Milano, 1962, p. 66 ss.

[6] Si veda, M. Biagi, *Cooperative e rapporti di lavoro*, Milano, 1983, p. 27 ss.

[7] «Tale situazione ha fatto sì che questo concetto sia divenuto una sorta di formula vuota», M. Borzaga, *L'ambito di applicazione della L. n. 142/01*, in L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Nuove leggi civ.*, Padova, 2002, pp. 343-344; «Per questa ragione, lo scopo mutualistico è configurabile come un concetto giuridico "in bianco"», B. Clemente, *Ancora sulla controversa qualificazione giuridica del rapporto tra cooperativa e socio lavoratore: un falso*

2. *Lo scopo mutualistico*

Già trent'anni or sono, uno tra i più autorevoli interpreti della disciplina delle società cooperative, ovvero Amedeo Bassi, approfondendo il tema circa la natura giuridica dei contratti con i quali si attua la mutualità, osservava che nelle «cooperative di lavoro il problema fondamentale consiste nell'individuare i margini di compatibilità tra contratto di società e contratto di lavoro che fanno capo contemporaneamente al socio che svolga la sua prestazione lavorativa alle dipendenze della società» e sosteneva che «il problema andrebbe (…) affrontato, (…), in termini di collegamento negoziale, chiedendosi se e fino a che punto i profili associativi del rapporto modifichino la normale struttura e la funzione del contratto di lavoro subordinato, indagine che potrebbe portare anche alla ricostruzione di un nuovo peculiare rapporto, che andrebbe ad innestarsi sul contratto di società»[8].

L'unica indicazione sul concetto di "mutualità" è contenuta nella Relazione al Codice Civile (n. 1025) ove si afferma che le cooperative assumono un carattere peculiare rispetto alle altre società in quanto perseguono uno "scopo prevalentemente mutualistico, consistente nel fornire beni e servizi ed occasioni di lavoro direttamente ai membri dell'organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero sul mercato".

Vero è che, accanto a tale forma di mutualità c.d. "interna", si pone anche la mutualità c.d. "esterna o di sistema" da intendersi «come scopo che trascende gli interessi immediati dei soci e si pone in diretta relazione con finalità che riguardano la pubblica utilità»[9].

Fatto sta che la cooperativa «è un fenomeno complesso all'interno del quale si muovono sostanzialmente due anime in equilibrio osmotico tra loro. Esiste l'anima economica che si caratterizza nella struttura imprenditoriale - elemento necessario dato che senza l'esercizio di un'impresa, ossia di una attività definibile come tale […] non esiste società cooperativa, ma associazione - ed esiste l'anima associativa-mutualistica-solidaristica, che distingue inconfondibilmente la cooperativa da tutte le altre imprese»[10]. Del resto la cooperazione, nelle sue prime manifestazioni, si presenta come il tentativo, operato da gruppi sociali rimasti ai margini dello sviluppo

revirement della giurisprudenza, in *Riv. giur. lav.*, 2005, p. 299.

[8] A. Bassi, Sub *Art. 2511,* in *Comm. c.c. Schlesinger,* Milano, 1988, p. 96, p. 102.

[9] L.F. Paolucci, *Le società cooperative*, Torino, 2012, p. 9.

[10] D. Simonato, *Il lavoro del socio di cooperativa*, in C. Cester (a cura di), II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in *Comm. Carinci*, Torino, 2007, p. 97.

capitalistico, di uscire da tale condizione di inferiorità attraverso il ricorso a forme di aggregazione in cui «coesistettero e spesso di sovrapposero due diversi fattori, e cioè da un lato la tutela e l'assistenza a strati sociali in crisi o emarginati, dall'altro la promozione di una peculiare componente dello sviluppo economici, integrata o alternativa rispetto a quello in atto»[11]: il tratto distintivo dell'esperienza cooperativa, ovvero la coesistenza di mutualità ed impresa, si manifesta sin da subito.

La cooperativa deve, quindi, sia operare da "impresa", ossia essere in grado di competere con le altre imprese nel mercato, soprattutto con quelle non cooperative, sia rimanere fedele alla sua "vocazione" mutualistica, evolvendosi progressivamente con l'evolversi dei sistemi economici. D'altra parte, come osservato da autorevole dottrina a commento dell'art. 45 Cost., «le cooperative destinate ad agire nella realtà economica non possono non rispondere a criteri economici. La disposizione normativa va intesa pertanto nel senso che le cooperative devono operare per «praticare a chiunque le condizioni più favorevoli compatibili con la economicità della gestione»[12].

Il riconoscimento della cooperazione è esemplificativo del pluralismo economico e produttivo accolto dalla nostra Legge Fondamentale, che segna, non solo il superamento del dualismo impresa pubblica - impresa privata, ma addirittura la fuoriuscita «dal modo di produzione e gestione capitalistico, concretizzando una forma di vera e propria socializzazione: con ciò immediatamente traducendo, sul terreno economico, i principi di uguaglianza e di democrazia che sono alla base del nostro ordinamento»[13] e, in particolare, della Costituzione economica[14].

L'ordinamento ha, quindi, deciso di agevolare la cooperazione riconoscendone la funzione sociale ed assicurandone, al tempo stesso, il carattere e le finalità con gli opportuni controlli per permettere alle società cooperative di operare in equilibrio tra rafforzamento della propria posizione sul mercato e garanzia di effettività della propria funzione sociale.

A tal proposito, la Corte Costituzionale ha chiarito che «se alla protezione costituzionale della cooperazione si attribuisce una finalità che va oltre la generica tutela di categorie produttive deboli, in quanto si estende al riconoscimento e alla promozione di una forma di produzione alternativa a

[11] M. Degli Innocenti, *Geografia e strutture della cooperazione in Italia,* in G. Sapelli (a cura di), *Il movimento coopertivo in italia. Storia e problemi,* Torino, 1981, p. 4.
[12] P. Perlingieri, M. Marinaro, Sub *Art. 45,* in *Comm. cost. Perlingieri*, 2ª ed., Napoli, 2009, p. 316 che richiama A. Nigro.
[13] A. Nigro, *Art. 45,* cit., p. 35.
[14] L. Imberti, *Il socio lavoratore di cooperativa, Disciplina giuridica ed evidenze empiriche,* Milano, 2012, p. 28.

quella capitalistica, la giustificazione della protezione stessa è comunemente rinvenuta nella più stretta inerenza che la "funzione sociale" presenta nell'organizzazione cooperativistica rispetto a quella che la detta funzione riveste nelle altre forme di organizzazione produttiva. Funzione sociale che qui viene individuata nella congiunta realizzazione del decentramento democratico del potere di organizzazione e gestione della produzione e della maggiore diffusione e più equa distribuzione del risultato utile della produzione stessa (cfr., per particolari aspetti, gli artt. 43, 44, 46 e 47, ma, su un piano più generale, gli artt. 1, 2, 3 e 4 della Costituzione)»[15].

In tale contesto, infatti, la traduzione in atto delle previsioni di cui all'art. 45 discende dalla inevitabile lettura combinata con i dianzi richiamati principi fondamentali scolpiti negli artt.1-4: «con l'art. 1 per ciò che attiene alla concreta attuazione del principio di democraticità; con l'art. 2 in quanto anche le cooperative si pongono tra le formazioni sociali che devono consentire lo svolgimento della persona umana in attuazione del principio di solidarietà; con l'art. 3, in quanto la cooperazione costituisce un valido strumento per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che possono compromettere la valorizzazione della persona; con l'art. 4, se ed in quanto la cooperativa può contribuire alla realizzazione del diritto al lavoro»[16].

3. *La posizione del socio lavoratore dopo la l. 142/2001*

Ebbene, gli interventi normativi che hanno interessato il mondo cooperativo negli ultimi anni si sono mossi con l'intento di rafforzare la posizione delle cooperative sul mercato nel rispetto della garanzia di effettività della funzione mutualistica, così come per contrastare il fenomeno delle false cooperative tese ad eludere l'applicazione della disciplina del lavoro e della non effettività del principio democratico[17].

Con la l. 142/2001, così come modificata dall'art. 9 della l. 30/2003, il legislatore decreta, nell'alveo della promozione e del *favor* costituzionalmente garantito[18], la peculiarità del rapporto di lavoro del

[15] Corte cost., 18 luglio 1989, n. 408, in *Foro It.,* 1989, I, col. 2962. In dottrina, cfr. E. Cusa, *Democrazia cooperativa e legislatori nazionali,* in *Soc.,* 2010, 3, p. 277.
[16] P. Perlingieri, M. Marinaro, Sub *Art. 45*, in *Comm. cost. Perlingieri*, cit., p. 315.
[17] In questo senso, si veda D. Simonato, *Il lavoro del socio di cooperativa*, cit, p. 98.
[18] Secondo A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro.* II. *Il rapporto di lavoro*, Padova, 2017, p. 33, così come approfonditamente affermato ne' *L'incostituzionale*

socio di cooperativa in cui il rapporto mutualistico abbia ad oggetto una prestazione lavorativa da parte dello stesso, sulla base di previsioni di regolamento che definiscono l'organizzazione del lavoro. Tale rapporto, infatti, attesa la finalità mutualistica della cooperativa, e con essa anche del contratto sociale che rende il socio lavoratore partecipe dello scopo d'impresa, attribuendogli poteri e diritti per esprimere la propria volontà sulla gestione sociale e conferendogli il diritto (seppur limitato) ad una quota degli utili, deve la sua specialità ad una disciplina volutamente caratterizzata da una differenziazione rispetto alle altre discipline generali in materia di lavoro, così da legittimare una reale diversità rispetto ai modelli tipici ed ordinari di riferimento e determinare l'enucleazione della sua originalità rispetto ai normali rapporti di lavoro.

I commi 2 e 3 dell'art. 1 della l. 142/2001 precisano i contenuti della posizione di socio lavoratore, rispettivamente dal lato del rapporto sociale e da quello del rapporto di lavoro.

Una riflessione sul rapporto di lavoro del socio di cooperativa e, in particolare, sulla sua qualificazione deve necessariamente essere avviata tenendo conto degli elementi che definiscono il rapporto sociale.

Nella specie, le prerogative che la legge riconosce ai soci lavoratori di cooperativa sono le seguenti:

a) concorrono alla gestione dell'impresa partecipando alla formazione degli organi sociali e alla definizione della sua struttura di direzione e conduzione;

b) partecipano alla elaborazione dei programmi di sviluppo, alle decisioni concernenti le scelte strategiche e alla realizzazione dei processi produttivi dell'impresa;

c) contribuiscono alla formazione del capitale sociale e partecipano al rischio d'impresa, ai risultati economici ed alle decisioni sulla loro destinazione;

d) mettono a disposizione le proprie capacità professionali, anche in relazione al tipo e allo stato dell'attività svolta, nonché alla quantità delle prestazioni di lavoro disponibili per l'impresa.

Quanto rilevato evidenzia la specialità del rapporto esistente tra

stravolgimento del lavoro in cooperativa, in *Mass. giur. lav.,* 2001, p. 813, la l. 142/2001 risulterebbe viziata da radicale incostituzionalità poiché, prevedendo un rapporto di lavoro ulteriore rispetto al rapporto associativo, realizzerebbe un sostanziale divieto di lavoro in cooperativa impedendo ai lavoratori di associarsi per lavorare come soci e non come controparti della propria società.

cooperativa e socio in ragione dell'ampiezza e della intensità della partecipazione del socio lavoratore alla gestione dell'impresa cooperativa, sul piano sia qualitativo che quantitativo, non riscontrabile in altre categorie di lavoratori, subordinati o autonomi, aventi un rapporto di lavoro con una impresa non cooperativa[19].

Ebbene, con riferimento al punto d) del comma 2 di cui sopra, che inerisce al rapporto sociale, si deduce sin d'ora che l'obbligo del socio lavoratore di mettere a disposizione le proprie capacità professionali non può essere confuso con l'obbligo di lavorare previsto dal comma 3, che inerisce al rapporto di lavoro, ulteriore e collegato al primo, tanto che l'obbligo persiste per tutta la durata del rapporto sociale ed assume rilievo non solo in ragione della costituzione di un primo rapporto di lavoro, ma anche rispetto ad altri futuri rapporti che il socio costituisca con la società dopo aver perso l'occupazione senza che ciò comporti l'automatica estinzione del rapporto sociale[20].

Del resto, come rilevato da autorevole dottrina, «è noto che la caratteristica fondamentale del socio lavoratore è data dal fatto che in esso convivono due anime distinte cioè quella di compartecipe della posizione dell'imprenditore e quella di prestatore di lavoro dell'impresa gestita dalla società»[21].

La l. 142/2001 ha, quindi, cristallizzato definitivamente la compatibilità tra le due posizioni, solitamente integrate da due interessi contrapposti, stabilendo che la posizione giuridica del socio lavoratore sia rappresentata

[19] In questo senso, con specifico riferimento al contratto di lavoro subordinato, si veda A. Maresca, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 612, «quanto fin qui ricordato serve a marcare la netta differenza che corre tra il lavoratore dipendente parte del contratto di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.) ed il socio di cooperativa che intrattenga con questa un rapporto di lavoro subordinato. Ed è tale la differenza tra le due fattispecie che non occorre neppure evocare l'art. 2086 c.c. ed il diverso atteggiarsi del potere organizzativo e direttivo all'interno dell'impresa cooperativa che si deve conformare al contenuto del regolamento approvato dall'assemblea. E' sufficiente, infatti, osservar il livello, l'ampiezza e l'intensità della partecipazione del socio lavoratore alla gestione dell'impresa cooperativa sul piano quali-quantitativo […] non è riproducibile nei confronti dei lavoratori dipendenti, neppure nel più avanzato dei sistemi di relazioni sindacali».

[20] A tale riguardo, per completezza espositiva si rileva che per la dottrina paiono potersi concretizzare due ipotesi: che il socio abbia un mero obbligo a trattare con la società in merito all'offerta di lavoro o che si attivi in capo al socio un vero e proprio obbligo a concludere il contratto di lavoro (questa ultima soluzione sarebbe, per alcuni, da preferire in ragione del vantaggio che deve derivare alla cooperativa dalla messa a disposizione delle capacità professionali); in questo senso, M. Tremolada, *Il rapporto sociale del socio lavoratore*, in L. Nogler, Id., C. Zoli (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, cit, p. 355-356).

[21] L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, in Id., *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, cit, p. 339.

proprio dai due diversi rapporti, sociale e di lavoro, siccome disciplinati nel regolamento interno (e configurando il rapporto di lavoro quale strumento per l'assolvimento da parte del socio dell'obbligo sociale di concorrere con la propria prestazione allo scopo mutualistico).

In tale quadro, fattuale e normativo, la diffusione della «tecnica della norma inderogabile» che negli anni ha segnato il diritto del lavoro fino ad imprimergli una «forte inclinazione autoritaria» rovesciando il principio generale della libertà di determinazione del contratto sancito dall'art. 1322 c.c.[22] (in ragione della fondata diffidenza verso un'autonomia individuale affidata alle parti contrattuali tipicamente contraddistinte da squilibri di potere), pare qui, nel settore cooperativo, poter lasciare spazio ad una maggiore libertà contrattuale nell'ambito del rapporto di lavoro in ragione della non contrapposizione o, anzi, della coincidenza, degli interessi in gioco delle parti coinvolte[23].

I punti salienti della nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa sono, nell'ottica di cui sopra, i seguenti:

a) la coesistenza in capo al lavoratore di due rapporti contrattuali con la cooperativa, un rapporto di società ed un rapporto di lavoro ulteriore ma non distinto e, pertanto, da intendersi in senso unitario;

b) l'ampiezza delle tipologie di rapporto di lavoro con cui il socio lavoratore contribuisce al raggiungimento degli scopi sociali, risultando utilizzabili, a tale fine, la subordinazione, l'autonomia, ma anche qualsiasi altra forma di prestazione lavorativa, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale;

c) la previsione di diritti individuali e collettivi dei lavoratori e l'applicazione, in quanto compatibile, dello Statuto dei lavoratori;

d) la previsione dei parametri vincolanti per la commisurazione dei trattamenti economico normativi e dei compensi da corrispondere ai soci lavoratori;

e) la centralità del regolamento interno cui la legge demanda il compito di disciplinare il rapporto di lavoro fra socio e cooperativa;

f) l'individuazione del trattamento previdenziale dei soci lavoratori.

[22] L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in Aa. Vv., *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Milano, 2002.

[23] Sul concetto di autonomie e flessibilità del lavoro, T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2001, p. 188.

Mentre per alcuni si è trattato sin da subito di una «riforma modello perché contribuisce a modernizzare - almeno metodologicamente - l'intero diritto del lavoro»[24], per altri è rimasta «ferma la regola dell'inderogabilità della disciplina protettiva» propria del diritto del lavoro[25].

Fatto sta che, per quanto la dottrina sia, ad oggi, ancora restia a riconoscere la "specialità" del rapporto e della conseguente sua regolamentazione, la giurisprudenza, seppure prevalentemente di merito, si sta muovendo in questo senso cercando di dare concreta applicazione al dettato della norma, alle successive modifiche e alla *ratio legis* che le ha ispirate.

4. *Le tipologie di rapporto di lavoro con cui il lavoratore contribuisce al raggiungimento degli scopi sociali*

Il campo di applicazione della l. 142/2001 è individuato dal comma 1 dell'art. 1 in quelle cooperative nelle quali l'oggetto del rapporto mutualistico sia una prestazione di lavoro. Come rilevato da autorevole dottrina (in ragione della perifrasi utilizzata dal legislatore), tra le cooperative comprese nell'ambito di applicazione della nuova legge vanno annoverate non solo quelle di lavoro, ma anche quelle con oggetto sociale diversificato, vale a dire «tutte le società cooperative in cui il rapporto mutualistico abbia ad oggetto, anche solo parzialmente, la prestazione di attività lavorativa da parte dei membri dell'organizzazione, i quali possono essere anche veri e propri imprenditori»[26].

Il comma 3 del medesimo articolo consacra il definitivo superamento della configurazione del lavoro cooperativo come prestazione necessariamente subordinata, affermando che: "il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo un ulteriore rapporto di lavoro, in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali".

[24] M. Biagi, *Progettare per modernizzare*, in T. Treu (a cura di), *Politiche del lavoro*, Bologna, 2001, p. 276.
[25] L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, cit., p. 341.
[26] M. Borzaga, *L'ambito di applicazione della L. n. 142/01*, cit., p. 343 ss.; nello stesso senso, G. Canavesi, *Rapporto sociale, rapporto mutualistico e prestazione lavorativa del socio lavoratore di cooperativa*, in M. Persiani (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Torino, 2010, p. 831.

I primi commentatori della norma hanno da subito rilevato che «le possibilità contemplate nel terzo comma dell'art. 1 sono così vaste e variegate da disorientare l'interprete che deve farsi carico di spiegare a cosa il legislatore abbia voluto riferirsi allorché ha ritenuto di aggiungere al "rapporto di lavoro in forma subordinata o autonoma" anche il rapporto "in qualsiasi altra forma ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionali»[27].

Certo è che «il legislatore nomina una serie di possibili rapporti, ma non intende - né potrebbe legittimamente farlo - precludere nessuna possibilità alle parti ed, infatti, soggiunge la clausola di apertura per cui il rapporto può, in realtà, assumere "qualsiasi altra forma"»[28].

Il rapporto di lavoro *de quo* è, dunque, caratterizzato dal "necessario nesso di strumentalità" al rapporto sociale e non può essere considerato separatamente da quest'ultimo; da ciò discende la qualificazione del rapporto di lavoro come "speciale" rispetto agli ordinari rapporti di lavoro, circostanza comprovata dalla particolare disciplina giuridica cui è soggetto.

Non può, infatti, sottacersi, da un lato, la vera portata innovativa del significato della locuzione "in qualsiasi altra forma", introdotta, in modo mirato, nell'ultima stesura della l. 142/2001 e invece del tutto assente, nel lungo *iter* legislativo che quella stesura ha preceduto, tanto nel testo proposto dalla "Commissione Zamagni", che in quello di cui al disegno di legge A.S. 3512/1998 (nel quale le opzioni erano solo il lavoro subordinato e autonomo anche in forma coordinata e continuativa)[29], così come, dall'altro

[27] A. Maresca, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, cit, pp. 612-617.
[28] L. Nogler, *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative,* in M. Tremolada, C. Zoli (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa,* cit, p. 363. «In ogni caso, la consacrazione del doppio rapporto, operata dalla legge 142 del 2001, si accompagna al riconoscimento (altrettanto esplicito) della possibilità che il secondo rapporto (quello sinallagmatico, per intenderci) possa essere di qualsiasi forma (quindi, anche non subordinato)». (S. Laforgia, *La cooperazione e il socio-lavoratore*, Milano, 2009, pp. 76-77).
[29] Per una ricostruzione sul punto si veda L. Nogler, *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative*, cit,, pp. 360-361: «La Commissione Zamagni aveva formulato questo passo dell'art. 1 affermando che "i soci lavoratori di cooperativa stabiliscono con la propria adesione, o successivamente, ulteriori e distinti rapporti di lavoro con cui contribuiscono al raggiungimento degli scopi sociali" secondo quanto previsto da un regolamento unilaterale della cooperativa. Fu poi il Governo che iniziò ad "aggettivare" i rapporti di lavoro dei soci lavoratori inserendo nel disegno di legge S n. 3512 la formula "distinti rapporti di lavoro sia di lavoro subordinato, sia di lavoro autonomo, anche in forma coordinata e continuativa". In seno alla Commissione Senato è stato, quindi, soprattutto il sen. Michele De Luca a rilevare "l'opportunità di attenersi ad una formulazione idonea a ricomprendere, fra le fattispecie di lavoro che possono sussistere

lato, non si può trascurare di segnalare che il legislatore, utilizzando il termine generale "forma" nell'accezione di cui all'art. 35 Cost. e non nel significato tecnico di "tipo" o "tipologia", non poteva che rappresentarsi una visione molto più ampia del rapporto di lavoro del socio rispetto a quella delimitata dalla subordinazione, dall'autonomia e dalle collaborazioni coordinate, richiamate evidentemente solo in via incidentale.

La norma in parola, utilizzando una formula volutamente aperta così da rendere possibile il ricorso ad ogni tipologia di prestazione del lavoro ancorché lecita, utile al raggiungimento dello scopo sociale, deve, tuttavia, necessariamente essere letta in combinazione con l'art. 6 in rapporto alla previsione vincolante[30] di definire "un regolamento approvato dall'assemblea" che deve in ogni caso contenere, fra l'altro, "le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci in relazione all'organizzazione aziendale della cooperativa ai profili professionali dei soci stessi, anche nei casi di tipologie diverse da quella del lavoro subordinato" e, quindi, delimitare concretamente la forma, anche "altra", del rapporto di lavoro impiegabile dal socio[31].

Seppur minoritaria, ma autorevole, parte della dottrina non manca di sottolineare come la larga apertura operata dalla formulazione normativa,

in capo al socio lavoratore in aggiunta al rapporto sociale, quelle future tipologie contrattuali che potranno emergere nell'evoluzione della realtà produttiva". Proprio il suo emendamento, teso ad introdurre la formula "in forma subordinata, parasubordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma", è poi stato fatto proprio dalla Commissione sulla base della giustificazione che siffatta precisazione consente di ipotizzare anche l'instaurazione di "lavori non tipizzati". La successiva modifica, con l'eliminazione della parola "parasubordinato" e con l'introduzione della locuzione "rapporti di collaborazione coordinata non occasionale" risale, infine, ad un emendamento del sottosegretario di Stato per il lavoro e la previdenza sociale. Quest'ultimo è stato motivato con il fatto che il termine "parasubordinato" è estraneo al linguaggio legislativo». Si veda anche, L. Ferluga, *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari*, Milano, 2005, p. 145, secondo la quale la «disposizione che consente alla dottrina di affermare come la scelta della tipologia del rapporto di lavoro del socio non è limitata dalla prospettazione di rigide alternative, con ciò ponendo le premesse per consentire alle cooperative di recepire eventuali novità che il legislatore dovesse introdurre nel mercato del lavoro. La norma, dunque, individua una varietà tipologica, tale da includere qualunque rapporto di lavoro, anche atipico, volto alla realizzazione dello scopo sociale della cooperativa».

[30] L'art. 23-*sexies*, c. 1, del d.l. 355/2003, convertito con modificazioni dalla l. 47/2004, ha disposto che il mancato rispetto del termine per l'adozione del regolamento comporta l'applicazione dell'articolo 2545-*sexiesdecies* c.c. (gestione commissariale); merita, inoltre, di essere ricordato che la mancata adozione del regolamento preclude l'esercizio del potere di inquadrare i propri soci con un rapporto di lavoro diverso da quello subordinato così come di deliberare relativamente al piano di crisi aziendale e alle norme collegate.

[31] A. Maresca, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, cit., p. 618.

proprio grazie all'opportuno coordinamento con il citato art. 6, affida all'autonomia dell'autorità privata assembleare di introdurre nuovi modelli negoziali atipici sulla base della previsione dell'art. 1322, 2, c.c. attraverso i quali, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, regolare il rapporto di lavoro fra socio e cooperativa.

Pertanto, con riferimento al lavoro prestato in favore della cooperativa, la legge ha espressamente riconosciuto che, in base alla volontà delle parti, una stessa attività lavorativa possa essere resa a diverso titolo, lasciando alle stesse la possibilità di determinare in concreto le modalità di svolgimento e le caratteristiche della prestazione lavorativa, optando coerentemente per il paradigma contrattuale più adatto a tali fini.

Ma c'è di più: il legislatore, indicando quali possano essere le tipologie tra cui le parti sono libere di scegliere, utilizza un'espressione talmente inclusiva da permettere, almeno in cooperativa, non solo di determinare la struttura del rapporto, ma anche di non limitare tale preferenza con la prospettazione di rigide alternative, con ciò superando il principio del *numerus clausus* nelle tipologie contrattuali lavoristiche e ammettendo la possibilità di concordare varie soluzioni negoziali idonee a realizzare i loro interessi[32].

Così, attribuendo un contenuto specifico e non generico all'espressione utilizzata dalla norma, trattandosi, appunto, di "altra", ossia, diversa e ulteriore forma con la quale rendere la prestazione, si evince la volontà legislativa di andare oltre la gamma di ipotesi tipiche di lavoro subordinato o autonomo.

Una formula generale, dunque, che consente, attingendo all'autonomia contrattuale prevista dall'art. 1322, c. 2, c.c., di costituire rapporti di lavoro con il socio secondo qualsivoglia tassonomia lavoristica non espressamente

[32] M. Biagi, M. Mobiglia, *La riforma della disciplina applicabile al socio lavoratore di cooperativa: una riforma modello?*, in L. Montuschi, M. Tirabischi, T. Treu (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale*, Milano, 2001, pp. 426-427. Sul punto si legga ancora M. Biagi, *Progettare per modernizzare*, in T. Treu (a cura di), *Politiche del lavoro*, Bologna, 2001, pp. 276-277: «Una ventata di common law nel nostro ordinamento: una apertura forse non destinata a rimanere confinata al mondo particolare delle cooperative di produzione e lavoro che comunque oggi escono da questa riforma avvantaggiate rispetto alle imprese private. Altro che flessibilità: qui abbiamo superato le Colonne d'Ercole del tradizionale diritto del lavoro. E forse molti non se ne sono neppure accorti»; M. Biagi, M. Tiraboschi, *Istituzioni di diritto del lavoro*, 5ª ed., Milano, 2012, p. 74: «Nel riconoscere che la prestazione di lavoro del socio di cooperativa, oltre che in forma autonoma o subordinata, può essere resa "in qualsiasi altra forma", il Legislatore pare riconoscere la possibilità di inquadrare il lavoro umano in schemi contrattuali atipici (*ex* art. 1322, c. 2, c.c.), superando così per la prima volta il principio del numerus clausus delle tipologie contrattuali lavoristiche».

impedita dall'ordinamento.

A sostegno dell'evocata lettura si evidenzia, nella seconda parte del medesimo comma 3 dell'art. 1, la reiterazione dell'espressione "rapporti … di lavoro in qualsiasi forma …", la quale, siccome palesemente non casuale[33], conferma il superamento di ogni remora legislativa sull'impiego di lavoro flessibile nelle imprese cooperative e ciò al punto da legittimare l'utilizzo di qualsiasi schema contrattuale, ancorché plausibile in relazione al raggiungimento degli scopi sociali, senza la segnalazione di alcuna preferenza[34].

Ebbene, per confutare siffatta esegesi della proposizione usata al comma 3 dell'art. 1, si è sostenuto: sia che dall'analisi dei lavori parlamentari emergerebbe soltanto la volontà del legislatore di enunciare una disposizione in grado di permettere alle cooperative la stipulazione di qualunque tipo di rapporto di lavoro, anche se non ancora previsto dall'ordinamento, sia che, non conoscendo il nostro ordinamento altre "forme" di lavoro se non quelle riconducibili alla subordinazione o all'autonomia del contratto d'opera, con i sottotipi del secondo (peraltro espressamente menzionati dal legislatore nel medesimo comma), attribuire alla libertà privata il potere di superare il *numerus clausus* significherebbe inevitabilmente permettere alle parti di intaccare il tipo lavoro subordinato, operazione non solo estremamente delicata ma vietata allo stesso legislatore[35].

[33] A. Maresca, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, cit., p. 611.

[34] M. Ranieri, *Prestazione del socio lavoratore: problemi di qualificazione*, *Dir. lav. merc.*, 2010, p. 127.

[35] L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *Note introduttive*, cit., p. 341: «Non si vede quindi come e perché la dizione prescelta possa superare "finalmente il principio del numerus clausus nelle tipologie contrattuali lavoristiche": infatti la legge non riduce quella che è stata definita "l'impronta autoritaria del diritto inderogabile"»; S. Palladini, *Il lavoro nelle cooperative oltre il rapporto mutualistico*, Padova, 2006, pp. 118-119: «Dunque, anche l'espressione utilizzata dalla legge n. 142, pur letta e coordinata con il resto della norma, non permette di spingere oltre l'interpretazione, fino al punto di ammettere un principio di libertà circa la specie contrattuale: cosa, questa, incompatibile con la rigidità dei "tipi" di riferimento, i cui criteri di qualificazione non cambiano anche se ad essere coinvolto è l'ulteriore rapporto in capo al socio di cooperativa»; G. Canavesi, *Rapporto sociale, rapporto mutualistico e prestazione lavorativa del socio lavoratore di cooperativa*, cit., p. 840: «Al riguardo, si è affermato che la norma consentirebbe alla volontà delle parti di modellare schemi contrattuali innominati, ex art. 1322 c.c., fino a superare il principio del numerus clausus dei contratti di lavoro subordinato: esito, questo, invece, da escludere, a causa dell'indisponibilità legale del tipo contrattuale nonché dell'inderogabilità degli effetti conseguenti dalla sua stipulazione, non sussistendo, al contrario, alcun impedimento di principio alla configurabilità di contratti atipici non subordinati». Nello stesso senso, O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, 4ª ed., Milano, 2011, p. 102, il quale esclude che il legislatore abbia «autorizzato una sorta di detipizzazione

L'argomentazione proposta, piuttosto scontata, tuttavia non regge.

Il riferimento alla giurisprudenza della Consulta, soprattutto alla sentenza n.115/1994[36], che ha alimentato, fors'anche creato, la dianzi richiamata «impronta autoritaria del diritto inderogabile», rovesciando il principio generale della libertà di determinazione del contratto sancito dall'art. 1322 c.c, in relazione al tipo lavoro subordinato, risulta, infatti, improprio, giacché in questo caso, da un lato il rapporto di lavoro del socio deve essere inquadrato, con tutte le sue specialità rispetto alla subordinazione, sul presupposto della condivisione e della realizzazione del fine mutualistico delle cooperative, favorito, *ex* art. 45, dalla stessa Costituzione, mentre, dall'altro lato, se la qualificazione della forma di prestazione lavorativa del socio di cooperativa effettuata dalle parti, siccome definita nel regolamento e siccome effettivamente eseguita, non rappresenta concretamente un *quid novi* rispetto alla subordinazione, gli effetti di quest'ultima si produrranno non già perché voluti o meno dalle parti, bensì perché imposti dal legislatore in considerazione dell'assetto di interessi sotteso ad un certo rapporto di lavoro, quale che sia il titolo formale dello stesso, non coincidente con il suo effettivo svolgimento.

Diversamente, nella delineata cornice normativa, pare qui, nel settore cooperativo, potersi lasciare spazio ad una maggiore autonomia contrattuale nell'ambito del rapporto di lavoro in ragione della non contrapposizione o,

del rapporto di lavoro (sia pure del solo socio-lavoratore)».

[36] Corte Costituzionale, 31 marzo 1994, n. 115: «Proprio con la recente sentenza n. 121 del 1993, questa Corte ha affermato che "non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato". A maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato. I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, infatti, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti. Affinché sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, essi debbono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali di ritti. Pertanto, allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento - eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il nomen juris enunciato - siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile».

anzi, della coincidenza causale, degli interessi in gioco delle parti coinvolte[37], sicché, in ossequio alle norme imperative, ossia ai principi giuridici che la coscienza sociale intende come condizioni essenziali di convivenza[38], nulla osta alla volontà dei privati di utilizzare tipologie negoziali non standard di prestazione di lavoro a causa mutualistico-associativa.

5. *La qualificazione del rapporto e il regolamento*

Spazio, dunque, a tipologie contrattuali atipiche e lecite in cui la prestazione di lavoro del socio lavoratore di cooperativa si caratterizza, al di là della subordinazione e dell'autonomia (anche parasubordinata) dall'ottimale raggiungimento funzionale dello scopo sociale[39] siccome disciplinato dal regolamento; campo aperto, allora, ai c.d. contratti di lavoro mutualistico o sociale ritagliati sulla specialità del rapporto unitario, sociale e di lavoro "*san phrase*"[40] tenendo ben presente, però, che alla qualificazione giuridica del rapporto consegue l'individuazione e la selezione della disciplina in concreto applicabile, anche se la peculiarità che il collegamento negoziale con il rapporto associativo comporta hanno indotto il legislatore ad escludere una "meccanica" applicazione della normativa generale applicabile ai contratti di lavoro.

Infatti, in ordine alla qualificazione del rapporto di lavoro del socio, l'obbligo di definizione regolamentare delle tipologie sancito dal legislatore evidenzia una marcata connotazione autoritativa privatistica, sicché, quantunque la qualificazione dello stesso «continui a dipendere dal suo effettivo contenuto, l'interprete non potrà non adottare,[…], in luogo della presunzione di non subordinazione (o di subordinazione), la presunzione di conformità di quel contenuto alla qualificazione attribuitagli dal regolamento»[41].

[37] Sul concetto di autonomie e flessibilità del lavoro, T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2001, p. 188.
[38] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, pp. 89-90.
[39] Sull'ottimale raggiungimento funzionale dello scopo sociale si possono richiamare le teorie Knigth e Coase sul "costo opportunità" e sui "costi di transazione"; si veda in argomento, P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Milano, 2004, pp. 8-10, pp. 178-180; R. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006, pp. 117-119.
[40] M. Pedrazzoli, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, p. 49 ss.
[41] F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del Lavoro*, 2, *Il rapporto di*

Al socio lavoratore non si estende, dunque, automaticamente tutta la disciplina propria del rapporto di lavoro instaurabile ma solo quella che superi la valutazione di "compatibilità" con la peculiare posizione giuridica rivestita dal socio rivolta al perseguimento dello scopo mutualistico cristallizzata nel regolamento.

Con riferimento alle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro, il legislatore distingue, infatti, gli effetti di natura fiscale e previdenziale, che operano direttamente ed in via immediata - cosicché ai rapporti dei soci si applicherà il regime proprio del rispettivo tipo contrattuale - e tutti gli altri effetti giuridici per i quali individua una sorta "gerarchia" delle fonti: dapprima la l. 142/2001 e poi, solo subordinatamente, ad una verifica della loro compatibilità con la posizione del socio lavoratore, le altre leggi o qualsiasi altra fonte.

L'applicazione della disciplina lavoristica è, pertanto, sottoposta al "filtro" della "compatibilità" con la "posizione di socio lavoratore", il che dimostra l'attenzione del legislatore a «garantire l'integrità della posizione del socio lavoratore e le prerogative che a questi derivano dall'essere parte del rapporto associativo mutualistico»[42].

«La prospettata esigenza di valutare la compatibilità, in altre parole, sembra risiedere e trovare fondamento essenzialmente nel collegamento negoziale del rapporto di lavoro con quello associativo e nelle finalizzazione di entrambi al raggiungimento degli scopi sociali»[43].

D'altra parte è la stessa Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 17 giugno 2002 n. 34 a rilevare, sin da subito, che "il rapporto di lavoro, strumentale alla realizzazione del fine mutualistico, pur presentando le essenziali caratteristiche di ogni rapporto di lavoro risente, per quanto concerne la disciplina applicabile, dell'influenza esercitata dal coesistente profilo societario. In ragion di ciò il legislatore ha introdotto il criterio di consentire l'applicazione di alcune leggi o fonti normative se e in quanto compatibili con lo stato di socio lavoratore".

Peraltro, come efficacemente osservato, lo stesso dato normativo - da un punto di vista squisitamente letterario - sembra imperniato sull'adesione al contratto associativo, da una parte, e dall'altra, sulla dichiarazione del socio di voler stabilire (che è cosa diversa dal convenire) la forma del rapporto di lavoro, tenendo conto che tale dichiarazione dovrà rispettare le scelte effettuate a monte dal regolamento interno della cooperativa in ordine alle

lavoro subordinato, 9ª ed., Torino, 2016, p. 71.

[42] A. Maresca, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, cit., p. 620.

[43] C. Zoli, *Gli effetti della qualificazione del rapporto di lavoro*, cit., p. 377.

tipologie dei rapporti di lavoro che si intendono attivare[44]; il socio, dunque, all'interno di uno spazio di contrattazione individuale ridotto al minimo essenziale, può, comunque, aderire alla proposta o ad una delle proposte contrattuali formulate dalla cooperativa nel regolamento[45].

E', infatti, proprio il regolamento interno, espressione dell'ordinamento democratico e assembleare egalitario[46] della cooperativa, nell'alveo rivisitato in senso impositivo dell'ultimo comma dell'art. 2521 c.c.[47] ad assumere rilevanza centrale nella disciplina del socio lavoratore.

La legge riconosce, in particolare, alla cooperativa la possibilità di chiarire con il regolamento interno - vale a dire con un atto che può anche essere separato rispetto ai documenti fondanti la società, quali l'atto costitutivo e lo statuto - i criteri e le regole inerenti allo svolgimento dell'attività mutualistica che andranno a disciplinare i rapporti tra la società e i soci.

Nelle cooperative di lavoro il regolamento[48] assolve a funzione dominante sull'impianto complessivo costruito attorno alla centralità dello scopo mutualistico ed il fatto che dette società debbano - e non solo possano - definire il testo del regolamento conferma il fatto che lo stesso entra tra le fonti che ne specificano l'intera attività. Nei rapporti tra società e soci devono essere fatti rientrare tanto gli aspetti riferibili al rapporto societario quanto quelli che riguardano le prestazioni di lavoro in senso stretto.

La prestazione di lavoro del socio di cooperativa è, come detto, suscettibile di diverse qualificazioni giuridiche - subordinato, autonomo, collaborazioni coordinate non occasionali, qualsiasi altra forma contrattuale in cui sia dedotta una prestazione lavorativa - ed è la stessa legge ad attribuire al regolamento, con la tecnica del rinvio, il compito di pronunciarsi in tale ambito individuando le tipologie contrattuali più idonee al tipo di attività svolta e funzionali al raggiungimento dello scopo sociale.

---

[44] A. Maresca, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, cit., pp. 616-617.
[45] Si veda, L. Nogler, *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative*, cit., p. 362.
[46] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 19.
[47] "I rapporti tra la società e i soci possono essere disciplinati da regolamenti che determinano i criteri e le regole inerenti allo svolgimento dell'attività mutualistica tra la società e i soci. I regolamenti, quando non costituiscono parte integrante dell'atto costitutivo, sono predisposti dagli amministratori e approvati dall'assemblea con le maggioranze previste per le assemblee straordinarie"
[48] Sul regolamento interno si veda, A. Rossi, *Il regolamento interno*, in L. Montuschi, P. Tullini (a cura di), *Lavoro e cooperazione*, cit., p. 49; A. Rossi, *Impresa cooperativa e regolamento interno*, in F. Vella (a cura di), *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, Torino, 2004; L.F. Paolucci, *La mutualità dopo la riforma,* in *Soc.*, 2003, p. 402; S. Laforgia, *La cooperazione e il socio lavoratore*, Milano, 2009, pp. 88-91.

Il perfezionamento del rapporto di lavoro avviene a seguito di una manifestazione di volontà ulteriore rispetto a quella relativa alla instaurazione del rapporto associativo con la quale il socio esprime la propria adesione alla forma di esecuzione della prestazione lavorativa nel rispetto e secondo le modalità stabilite appunto dal regolamento interno.

E' innegabile che la necessaria strumentalità della prestazione di lavoro alla realizzazione dello scopo mutualistico determini particolari profili di specialità nella scelta e nella regolamentazione delle diverse tipologie contrattuali in quanto l'esistenza del vincolo associativo comporta una gestione speciale del rapporto di lavoro rispetto alle regole ordinarie dell'impiego privato.

Il regolamento interno, dunque, parrebbe dettare legge in tema di rapporti di lavoro e di modalità di svolgimento delle prestazioni secondo un modello non rigido, ma di volta in volta rivisto ed aggiornato a seconda dell'organizzazione prescelta e delle esigenze sottese ai rapporti economici che, giova ricordarlo, devono consentire alla cooperativa di offrire ai soci occasioni di lavoro più vantaggiose e numerose rispetto a quelle proposte dal mercato.

Il regolamento interno, in sostanza, deve contenere, in via generale ed astratta, una elencazione di tipi contrattuali in relazione all'organizzazione aziendale della cooperativa, con la possibilità di individuare per una stessa attività lavorativa posizioni giuridiche diverse; e questo fino al punto che «in mancanza di adozione del regolamento interno, le cooperative non possono: a) inquadrare i proprio soci con rapporto diverso da quello subordinato; b) deliberare nelle materie [...] che trovano la loro fonte istitutiva e la relativa disciplina esclusivamente nel regolamento interno»[49], con ciò, come osservato, parendo apertamente «ignorare il principio di rigidità del tipo contrattuale»[50].

La principale funzione del regolamento interno è dunque quella di attribuire certezza in ordine alla tipologia contrattuale prescelta. Ciò non significa, però, che il regolamento interno delle cooperative abbia valore preclusivo a prescindere dalla fattispecie concreta: atti di autonomia privata, quali statuti e regolamenti di cooperative - al pari dei contratti individuali e collettivi, rispetto ai quali i primi costituiscono fonti subalterne - non possono condizionare né, tanto meno, derogare la qualificazione giuridica, in base ai criteri stabiliti dalla legge, dei rapporti di lavoro, anche tra socio e cooperativa. La qualificazione del rapporto di lavoro prospettata

[49] Circ. Min. Lav. 18 marzo 2004 n. 10.
[50] M. Ranieri, *Prestazione del socio lavoratore: problemi di qualificazione*, cit, p. 133.

dal regolamento avrebbe, dunque, efficacia probatoria, ove non risulti smentita dalle modalità concrete di svolgimento del rapporto. Del resto, è evidente che il giudice non può ritenersi vincolato dalle scelte risultanti dal regolamento, potendo lo stesso operare la qualificazione del rapporto sulla base del principio di effettività[51].

L'evidente funzione "normativa" del regolamento interno in chiave mutualistico-organizzativa che fa del rapporto di lavoro del socio una disciplina speciale anche nel caso in cui quello prescelto sia la subordinazione, è ben rappresentata dalle lett. *d)* ed *e)* dell'art. 6 della l. n.142/2001, secondo le quali dovrà essere rispettivamente prevista, nello stesso, l'attribuzione all'assemblea della facoltà di deliberare: "all'occorrenza, un piano di crisi aziendale, nel quale siano salvaguardati, per quanto possibile, i livelli occupazionali e siano altresì previsti: la possibilità di riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi di cui al comma 2, lettera b), dell'articolo 3; il divieto, per l'intera durata del piano, di distribuzione di eventuali utili", nonché "forme di apporto anche economico, da parte dei soci lavoratori, alla soluzione della crisi, in proporzione alle disponibilità e capacita finanziarie"[52], con ciò sottolineando vieppiù la specialità del rapporto lavorativo cooperativo rispetto a quelli per così dire standard.

Tale possibilità trova, peraltro, piena rispondenza nel dettato normativo laddove all'art. 1, comma 2 lett. d), l. n.142/2001, si sancisce che i soci lavoratori "mettono a disposizione le proprie capacità professionali anche

[51] Sul regolamento interno delle società cooperative si veda Cass., 5 luglio 2011, n.14741 nella quale si afferma che: «per quanto (…) l'adozione del "regolamento interno" costituisca un aspetto qualificante della disciplina della cooperazione di lavoro, essendosi attribuita a tale fonte la definizione dell'organizzazione di lavoro dei soci e la concreta individuazione della tipologia dei rapporti di scambio che si instaurano fra gli stessi e l'impresa sociale, va, tuttavia, escluso che la sua rilevanza possa spingersi sino a condizionare l'efficacia stessa della disciplina legale. In tal senso depone, in primo luogo, la considerazione che il regolamento costituisce pur sempre un atto di autonomia privata e che, in difetto di espressa autorizzazione, ad un atto di autonomia privata non è consentito di condizionare gli effetti, e, nel caso, addirittura di precludere l'operatività di una disciplina legale di tutela del lavoro. Ma non minore rilievo assume la osservazione che la funzione perseguita dal regolamento con riferimento all'individuazione degli ulteriori rapporti di scambio che si instaurano fra i soci e la cooperativa, per quanto rilevante, non è certo una funzione costitutiva, ma è piuttosto quella di assicurare un adeguato grado di certezza all'organizzazione del lavoro cooperativo, nei limiti, pur sempre, in cui tale organizzazione non contrasti con la concreta attuazione che la prestazione di lavoro manifesta».

[52] Si veda in argomento, Interpello Ministero del lavoro e delle politiche sociali, n. 1, 2013, avente ad oggetto: art. 9, d. legisl. 124/2004 - regolamento interno di cooperativa *ex* art. 6, l. 142/2001 - sospensione del rapporto di lavoro con i soci lavoratori.

in relazione al tipo e allo stato dell'attività svolta, nonché alla quantità delle prestazioni di lavoro disponibili per la cooperativa stessa", potendosi così «osservare che la previsione legislativa, finalizzata a consentire una gestione delle occasioni di lavoro trasparente e rispettosa del principio fondamentale di parità di trattamento tra i soci lavoratori, esige da parte del regolamento una sorta di determinazione generale e preventiva del ruolo operativo delle varie figure professionali nell'ambito dell'organizzazione aziendale e in rapporto alla conformazione della stessa, con previsione altresì delle modalità di esecuzione dell'attività lavorativa»[53].

6. *La giurisprudenza*

A conferma del precedente argomentare, risulta imprescindibile riportare alcuni fondamentali passaggi della giurisprudenza la quale, nel corso degli anni, ha avuto modo di esprimersi sulla portata della l. n.142/2001 pronunciandosi a riguardo dei rapporti di lavoro subordinato nelle cooperative siccome speciali e, laddove indicato nel regolamento, atipici.

Infatti, sul sentiero del riconoscimento del contratto di lavoro mutualistico o sociale sembra decisamente avviarsi in particolare la giurisprudenza di merito.

Paradigmatica pare, in quest'ottica, la pronuncia della Corte d'Appello Sezione Lavoro di Torino[54], la quale, partendo dall'analizzato art. 1, c. 3, e conformemente all'art. 6, della l. 142/2001, riconosce l'ammissibilità della previsione da parte del regolamento interno secondo la quale tra Socio e Cooperativa possa instaurarsi un contratto di lavoro "sociale ai sensi dell'art. 1322 c.c.".

Il giudice d'appello torinese, rilevate le caratteristiche fattuali dell'instaurato rapporto, anche in forza del principio dell'autonomia negoziale delle parti espressione del potere del regolamento interno di determinazione

[53] M. Tremolada, *Lavoro a progetto e posizione del socio lavoratore di cooperativa*, in L. Montuschi, P. Tullini (a cura di), *Lavoro e cooperazione* cit., p. 112.

[54] App. Torino, 11 gennaio 2016. Si veda, più in generale, a livello di giurisprudenza di legittimità, Cass., 5 luglio 2011, n. 14741, secondo la quale «giova, in proposito, premettere, ai fini di una adeguata valutazione della portata della l. 3 aprile 2001, n. 142, come, con tale normativa, il legislatore abbia dato vita ad una incisiva riforma della cooperazione di lavoro, introducendo, e per la prima volta, un compiuto sistema di diritti e di garanzie per il socio lavoratore ed attribuendo a tale rapporto una espressa qualificazione giuridica, idonea a far configurare il lavoro cooperativo come rapporto speciale, distinto tanto dal lavoro puramente associativo quanto dal lavoro solo subordinato».

della disciplina del rapporto di lavoro, il quale utilizza uno schema privo della soggezione al potere direttivo datoriale consentendo al socio di accettare o rifiutare le occasioni di lavoro comunicate dalla cooperativa, dissente dal rilievo del giudice di prime cure secondo il quale detto contratto farebbe già emergere elementi che accreditano l'esistenza della subordinazione e ciò in quanto «per un verso il contratto è chiaro nell'escludere ogni vincolo di subordinazione e, per altro verso, la circostanza che il servizio, ove accettato, debba essere svolto "con diligenza e a regola d'arte" non è certo suggestiva dell'esistenza della subordinazione, in tal senso deponendo ad esempio gli artt. 2222-2224 c.c. che disciplinano il lavoro autonomo».

Sottolineando, inoltre, la circostanza che il servizio, nel caso in cui fosse accettato, debba essere svolto in determinate fasce orarie non implica, di per sé solo, l'esistenza di un vincolo di subordinazione in senso stretto trattandosi semplicemente di un elemento sintomatico e sussidiario, peraltro del tutto compatibile anche un rapporto di collaborazione autonoma, la Corte d'Appello rileva come neppure determinante possa ravvisarsi, ai fini della qualificazione del rapporto, «la tutela previdenziale accordata ai soci lavoratori, non potendo questa incidere sulla qualificazione dei rapporti di lavoro (cfr. Cass. 23021/2014)».

Il giudice di primo grado non avrebbe, invero, assegnato il giusto rilievo «alla circostanza (pacifica e risultante già dal contratto) che il socio potesse rifiutare di svolgere il servizio propostogli dalla Cooperativa: trattasi di un elemento che nega in radice l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, nell'ambito del quale il datore di lavoro ha il diritto di richiedere e pretendere lo svolgimento della prestazione lavorativa contrattualmente dovuta ed il lavoratore è obbligato a prestare l'attività secondo le direttive impartitegli , restando, diversamente, assoggettato all'esercizio del di lui potere disciplinare (v. artt. 2094, 2104 e 2106 c.c.)».

In questo senso, emergendo dall'esito dell'esperimento dell'istruttoria testimoniale che i soci lavoratori:

- sono liberi di decidere se lavorare o meno non derivando dalla mancata accettazione alcuna conseguenza di tipo disciplinare;
- di norma individuano loro stessi le modalità lavorative di comune accordo con colui che deve provvedere a coordinare il lavoro e a svolgere il ruolo di "referente operativo";
- hanno accettato di indicare le loro disponibilità orarie e nel caso in cui le stesse non coincidano con le esigenze di servizio la Cooperativa non impone loro un orario diverso ma provvede autonomamente a ricercare altri soci disponibili a coprire la fascia temporale rimasta scoperta;

- si ripartiscono il lavoro di comune accordo, intervenendo il "referente operativo" solo in via del tutto residuale;
- non ricevono da parte del "referente operativo" direttive specifiche e puntuali;
- pur avendo accettato di lavorare possono, di fatto, assentarsi senza alcun obbligo di motivare le ragioni della loro assenza, non derivando da tale assenza alcuna conseguenza disciplinare, non si evidenzia la presenza di inequivoci elementi comprovanti l'effettiva instaurazione di rapporti di lavoro di natura subordinata, difettando, dunque, del tutto, i presupposti che possano far ritenere instaurato fra la cooperativa ed i singoli soci in vece dell'atipico "contratto di lavoro sociale" ai sensi dell'art. 1322 c.c., rapporto di lavoro *ex* art. 2094 c.c..

L'impianto della sentenza in commento, confutando soprattutto il dato formale discendente dalla legge e dalla prassi amministrativa: dell'inquadramento dei soci lavoratori nella gestione Lavoratori Dipendenti, del pagamento dei relativi obblighi contributivi e della qualificazione dei contratti di lavoro sociale con i soci come contratti di "lavoro a tempo indeterminato" di natura subordinata nelle comunicazioni inviate al Centro per l'Impiego, conferma in pieno la ricostruzione più sopra proposta, concludendo sull'ammissibilità di un contratto atipico *ex* art. 1322 c.c. di lavoro mutualistico o sociale in cooperativa, sancito dal regolamento interno, ogni qual volta l'effettiva esecuzione del rapporto non configuri i tratti sostanziali (non convenzionalmente imposti) tipici della subordinazione lavorativa.

D'altra parte, in questo stesso senso, e partendo dai medesimi presupposti di cui agli artt. 1, c. 3, e 6 della l. 142/2001 si sono pronunciati, in precedenza, alcuni altri giudici di prime cure.

Il Tribunale di Alba, Sezione Lavoro[55], in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo promosso dalla società cooperativa, richiesto e concesso sulla base di una diffida accertativa della DPL di Cuneo, rileva che: «secondo i principi generali sarebbe stato onere […] del lavoratore, dimostrare che il suo rapporto di lavoro […] (ulteriore rispetto al rapporto associativo) fosse caratterizzato dal vincolo della subordinazione, trattandosi di una circostanza specificamente contestata dalla […] ricorrente. Quest'ultima ha infatti evidenziato e provato documentalmente che tutti i soci […] hanno stipulato con la medesima un contratto di lavoro sociale in cui è espressamente esclusa l'esistenza di un vincolo di subordinazione».

[55] Trib. Alba, 04 ottobre 2013.

Ancora, il Tribunale di Alessandria Sezione Lavoro[56], in un giudizio promosso dalla società cooperativa contro il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, evidenzia che: «i testi tutti risultano aver concordemente confermato come il lavoro fosse organizzato secondo schemi di mero coordinamento interno senza vincolo gerarchico, come fosse libera la partecipazione attiva di ciascun socio alla conduzione della Società prendendo parte alla di essa Assemblea, come la fruizione di periodi di ferie fosse altrettanto lasciata alla determinazione del lavoratore (con semplice obbligo di preventiva comunicazione e senza necessità di preventiva autorizzazione e/o tantomeno, e di conserva, di soggezione ad eventuali poteri e facoltà di revoca da parte di soggetti gerarchicamente sovraordinati) ed, infine, come non vi fosse orario prestabilito, con semplice possibilità di protrazione dell'attività lavorativa specifica a seconda della necessità di esecuzione della singola lavorazione in essere, potendo il socio accettare o meno il lavoro propostogli (ed anche cessare dallo stesso in corso d'opera) e potendo altresì, contemporaneamente, svolgere diversa attività contestualmente allo svolgimento di quella prestata per la società».

Il giudice di Alessandria afferma in particolare che il convincimento secondo il quale la fattispecie contrattuale oggetto di giudizio non sia riconducibile alla subordinazione lavorativa dei soci con la cooperativa «è rintracciabile anche nel Regolamento Interno della medesima, laddove pur a fronte della previsione del rispetto, da parte degli stessi, di "indicazioni" di servizio, di volta in volta impartite dal "responsabile dell'unità" e dell'obbligo di comunicare malattie od assenze, è espressamente altrettanto previsto che "i soci con contratto di lavoro diverso da quello subordinato svolgeranno la loro attività in libertà, senza vincoli di subordinazione o assoggettamenti gerarchici, disciplinari e di orario", pur dovendosi ovviamente coordinare l'attività di ciascun lavoratore con quella della cooperativa».

E ancora, il Tribunale di Asti, Sezione Lavoro[57], in diversi giudizi di opposizione a precetto promossi dalla società cooperativa avverso alcuni soci lavoratori, ha avuto modo di rilevare come fosse documentale il fatto che le parti, in aggiunta al rapporto associativo, avessero stipulato un "contratto di lavoro sociale" il quale prevedeva espressamente l'esclusione del vincolo di subordinazione per il socio, sottolineando la circostanza che la società cooperativa aveva adottato un regolamento interno in cui si prevedeva che tra il socio e la cooperativa potesse essere instaurato uno dei seguenti tipi di contratto: «subordinato; sociale, ai sensi dell'art. 1322 c.c.; di collaborazione

[56] Trib. Alessandria, 13 marzo 2014.
[57] Trib. Asti, 29 aprile 2014; Trib. Asti, 27 giugno 2014; Trib. Asti, 29 settembre 2014.

coordinata e continuativa; a progetto; autonomo; in qualità di artigiano; professionale, di agenzia; nonché qualsiasi altro tipo di contratto compatibile con lo stato di socio».

Anche per la Sezione Lavoro del Tribunale di Milano «il legislatore ha assegnato alle cooperative piena libertà di decidere quale strumento contrattuale scegliere per la regolamentazione dei rapporti di lavoro che intende concludere»[58], sicché non nessun dubbio può nutrirsi «circa il fatto che l'art. 1, c. 3, l. n.142/2001, nel prevedere che al rapporto associativo acceda un ulteriore rapporto, quello di lavoro, abbia poi lasciato alle parti la libertà di scegliere la forma contrattuale ritenuta più opportuna e utile per il raggiungimento degli scopi sociali […]. In sostanza, nel mutato quadro legislativo, per quel che attiene più nello specifico alla regolazione contrattuale del rapporto di lavoro, si è già osservato come la l. n.142/2001 lasci piena libertà alle parti di individuare la tipologia contrattuale più idonea alle caratteristiche del rapporto e alle peculiarità proprie dello scopo sociale, ivi compresa la libertà di dar forma a regimi contrattuali atipici»[59].

7. *Conclusioni*

Se, come giustamente rilevato dalla giurisprudenza di merito, la volontà delle parti, in senso conforme alla giurisprudenza di legittimità, anche nell'alveo dell'impronta autoritaria del diritto inderogabile, rappresenta un utile ma non decisivo elemento di valutazione della natura del rapporto di lavoro e se, nondimeno, nel caso in cui dallo svolgimento di quello stesso rapporto di lavoro non possano trarsi elementi sicuri di qualificazione, è certamente il *nomen iuris* attribuito dalle parti a divenire un elemento indiziario di giudizio, costituendo una sorta di presunzione di corrispondenza tra il rapporto voluto e quello di fatto realizzatosi, ciò, a maggior ragione, deve valere all'interno della legislazione in materia cooperativistica con riferimento alla posizione del socio lavoratore, nella quale, in virtù del *favor* costituzionale, all'autonomia privata del regolamento interno è demandata l'incombenza (e il vantaggio economico-sociale) di definire "le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci, in relazione all'organizzazione aziendale della cooperativa e ai profili professionali dei soci stessi, anche nei casi di tipologie diverse da quella del lavoro subordinato".

[58] Trib. Milano, n. 2395/2016.
[59] Trib. Milano, n. 1951/2016; Trib. Milano, n. 2581/2016.

Alessandra Quarta

L'espulsione del socio dal partito tra risoluzione e sanzione: nuovi profili civilistici della disattivazione dell'account

Sommario: 1. Introduzione – 2. Le espulsioni dal MoVimento Cinque Stelle nelle decisioni dei Tribunali di Roma, Napoli e Palermo – 3. L'espulsione come disattivazione dell'account – 3.1 La disattivazione dell'account nelle condizioni generali di eBay – 3.2. La disattivazione dell'account dei prestatori di servizi – 4. Una nuova natura per l'espulsione?

1. *Introduzione*

Lo scopo di questo contributo è di riflettere sulle trasformazioni della misura di espulsione dell'associato disciplinata dall'art. 24, c. 3, c.c. a partire dalle vicende giudiziarie che recentemente hanno interessato il MoVimento Cinque Stelle (d'ora in avanti, M5S). Le decisioni dei Tribunali di Roma[1], Napoli[2] e Palermo[3], che hanno sospeso l'efficacia dei provvedimenti di espulsione impugnati dagli associati esclusi, consentono di riflettere sulle conseguenze che l'assimilazione "espulsione del socio/disattivazione dell'account" produce sulla classificazione di questa misura.

Si tratta di una casistica particolarmente originale in materia di amministrazione della giustizia interna di un partito che, come si dirà, trova alcuni precedenti in ambiti del tutto diversi ma che condividono la centralità dell'ambiente virtuale e della piattaforma come luogo in

[1] Ordinanza 9 aprile 2016: il testo integrale è disponibile online all'indirizzo *https://civiumlibertas.blogspot.it/2016/04/sentenza-del-tribunale-di-roma-di.html.* La massima della sentenza è pubblica sul sito del Tribunale di Roma, all'indirizzo *http://www.tribunale.roma.giustizia.it/GiurisprudenzaAllegati.aspx?idm=216&idt=2.*

[2] Ordinanza 13 luglio 2016: il testo integrale è disponibile online all'indirizzo *https://civiumlibertas.blogspot.it/2016/07/ordinanza-del-tribunale-civile-di.html.*

[3] Decreto 11 settembre 2017 (*inaudita altera parte*) e decreto di convalida 19 settembre 2017; il testo integrale è disponibile online all'indirizzo *http://www.lacostituzione.info/index.php/2017/09/19/regionarie-5stelle-cosi-lo-stop-del-tribunale-di-palermo.*

cui si svolgono attività comuni. Infatti, per quel che riguarda il M5S, la piattaforma movimento5stelle.it ospita diversi luoghi di partecipazione, da un forum di discussione ad altre aree private in cui sono discusse e redatte proposte di legge poi affidate ai rappresentanti del partito in Parlamento. Inoltre - ed è questa probabilmente una delle attività più innovative ma anche più discusse - la piattaforma consente lo svolgimento delle primarie online, per selezionare i candidati del MoVimento da presentare alle elezioni comunali, regionali e nazionali.

2. *Le espulsioni dal MoVimento Cinque Stelle nelle decisioni dei Tribunali di Roma, Napoli e Palermo*

La partecipazione alle primarie svolge un ruolo centrale nella vicenda delle espulsioni dal M5S, dal momento che i ricorrenti dei procedimenti in esame sono stati espulsi prima dello svolgimento di queste consultazioni o forse, più precisamente, la misura è stata adottata proprio per impedire la loro partecipazione a un momento della vita associativa che avrebbe significato la scelta di alcuni "volti pubblici" del MoVimento in diverse elezioni.

Vale la pena di ricordare che il procedimento di espulsione è stato disciplinato dal Regolamento che il M5S ha adottato nel 2014; esso stabilisce che il provvedimento deve essere assunto dal Capo Politico dell'organizzazione e può essere impugnato dall'espulso entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione; il Comitato di Appello è l'organo di giustizia interna del partito che ha il compito di esaminare gli argomenti dell'espulso, di formulare un parere e di comunicarlo al Capo Politico. Qualora la decisione del Comitato diverga da quella del Capo Politico, quest'ultimo può rimettere la valutazione all'assemblea degli iscritti.

I processi di espulsione che hanno originato i giudizi in esame si caratterizzano per alcune difformità rispetto a questa descrizione. Infatti, nei tre procedimenti, il provvedimento di espulsione era comunicato ai ricorrenti dallo "Staff di Beppe Grillo" - un organo non previsto dal "non-statuto", né dal Regolamento. Esso veniva poi confermato dal Comitato di Appello del M5S e, pertanto, non era rimesso alla valutazione dell'assemblea. I Tribunali di Roma, Napoli e Palermo, nel corso della valutazione sulla legittimità formale del procedimento, non hanno condiviso la medesima definizione del ruolo e della funzione dello Staff all'interno dell'organizzazione del M5S.

Infatti, il Tribunale di Roma riteneva che esso avesse agito in nome e

per conto del Capo Politico e che ciò, di conseguenza, non lasciasse spazio per una contestazione della legittimità formale del procedimento: infatti, soltanto al rappresentato poteva essere consentita la lamentela in "caso di abusiva spendita del proprio nome da parte di un preteso *falsus procurator*". Il Tribunale di Napoli, al contrario, considerava illegittima la comunicazione pronunciata dallo Staff di Beppe Grillo, non essendo questo l'organo incaricato dal regolamento della delibera dell'espulsione, mentre il Tribunale di Palermo qualificava lo Staff come un organo gestorio e, di conseguenza, la comunicazione da esso firmata e inviata all'espulso, come un atto gestorio, impugnabile ai sensi dell'art. 2388, c. 4, c.c. È interessante notare come la valutazione del Tribunale di Napoli sia strettamente legata al suo giudizio sul Regolamento del M5S, considerato inesistente perché approvato in assenza del "procedimento assembleare rinforzato" previsto dall'art. 21 c.c. per modificare o integrare lo statuto dell'ente. Se si esclude questa conclusione del giudice campano - che quindi ha limitato il proprio sindacato al controllo di legittimità formale del procedimento -, i Tribunali di Roma e Palermo hanno sospeso l'efficacia dell'espulsione in forza del giudizio di legittimità sostanziale del provvedimento e della valutazione comparativa. Infatti, entrambi - per motivi diversi - hanno contestato l'esistenza dei fatti fondativi del provvedimento di espulsione e, allo stesso tempo, considerato il diritto dell'espulso di partecipare alla vita associativa - garantito dalla sospensione della misura - non idoneo a compromettere il perseguimento dello scopo sociale del MoVimento e, pertanto, da tutelare in via prioritaria rispetto all'interesse del partito.

Nessuno dei Tribunali è entrato nel merito delle espulsioni, confermando un orientamento costante nella giurisprudenza italiana che non estende il sindacato giudiziale all'opportunità della misura[4]; inoltre, i giudici non

[4] Una lettura attenta della decisione del Tribunale di Roma, a dire il vero, consente di mettere in evidenza come il giudice si sia espresso sull'opportunità dell'espulsione, valutando nel merito le scelte del MoVimento. Si v. in particolare la valutazione che il Giudice esprime a proposito della contestazione mossa a uno dei ricorrenti, accusato di posizioni negazioniste dell'Olocausto: «In tale contesto appare irrilevante che il M5S si sia fatto promotore di una legge per l'introduzione del reato di 'negazionismo' […], in quanto nel quadro dell'invocata libertà di ricerca storica, si pone l'opinione di chi ritiene che la Storia debba essere scritta non nelle aule di Tribunale, ma negli archivi storici, esaminando i documenti, o sul territorio, raccogliendo le testimonianze dei diretti interessati, così da lasciare poi agli storici e agli studiosi in genere il compito di vagliare la fondatezza e il rigore scientifico delle singole tesi. In conclusione, non appare che l'invocato diritto alla libertà di ricerca storica, a maggior ragione se rivendicato da un accademico che fa della speculazione intellettuale l'oggetto della propria attività e del proprio insegnamento, sia tale da giustificare, ex art. 24 c.c., l'irrogazione della sanzione

hanno espresso alcun parere sulla struttura istituzionale del MoVimento e tanto meno sulla sua democraticità[5].

I giudici, rilevata l'insussistenza dei gravi motivi richiesti dall'art. 24, c. 3 c.c., hanno ordinato al MoVimento di sospendere l'espulsione e quindi la disattivazione dell'account. Vale la pena di notare che nessuna delle decisioni ha consentito ai ricorrenti di partecipare alle primarie da cui erano stati illegittimamente estromessi, dal momento che al giudice civile non era certo consentito inibirne lo svolgimento. Anche per questa ragione, i giudici hanno rilevato, nei casi loro rimessi, una grave compromissione del diritto di partecipare alla vita associativa, dal momento che esso era connesso all'esercizio di un diritto di elettorato attivo e passivo.

3. *L'espulsione come disattivazione dell'account*

La coincidenza del provvedimento di espulsione con la disattivazione dell'account rappresenta senza dubbio una significativa innovazione nelle dinamiche della vita di un partito che, per primo, ha usato la rete come strumento di organizzazione.

Il Tribunale di Roma, l'unico a occuparsi di quest'ultimo profilo, ha definito il M5S una *comunità virtuale in Internet*, dotata di una stabile organizzazione e caratterizzata, da un punto soggettivo, dalla piena consapevolezza degli iscritti di aderire a uno scopo comune. Questi elementi sono stati giudicati sufficienti per qualificare il MoVimento come un'associazione non riconosciuta. L'analisi del rapporto tra comunità virtuale - partito - associazione non riconosciuta allontanerebbe questa analisi dal suo obiettivo, data l'ampiezza del quesito interpretativo che essa pone. Si tratta infatti di verificare da una parte, quali sono le condizioni che consentono

dell'espulsione» (p. 34).

[5] Una valutazione di questo tipo si trova nell'ordinanza 10 aprile 2017 del Tribunale di Genova (in *Giur. it.*, 2017, p. 1886 con nota di Mignone) che si è pronunciato sull'esclusione di Marika Cassimatis e della sua lista dalle elezioni comunali: secondo il Tribunale «[…] la cifra democratica del Movimento 5 Stelle è costituita dal fatto che le sue regole statutarie si preoccupano di raggiungere un punto di equilibrio tra il momento assemblear/movimentista (incarnato dal secondo comma dell'art. 4 del "non-statuto" e realizzato con originali forme telematiche) e l'istanza dirigista che viene riconosciuta ed associata a figura di particolare carisma e peso politico per il Movimento, come Beppe Grillo, il quale in seno a tale organizzazione politica cumula in modo non seriamente contestabile la qualità di capo politico, come da Regolamento; e di Garante del Movimento come da Codice Etico».

di classificare un'aggregazione virtuale di utenti come un'associazione non riconosciuta e, dall'altra, di interrogarsi sul valore semantico del termine partito[6] per stabilire se la sua identificazione nell'associazione non riconosciuta rimanga un'operazione interpretativa attuale e convincente[7]. In questa sede, si può soltanto prendere atto della posizione del Tribunale di Roma che non ha esitato a qualificare la comunità virtuale del M5S come un'associazione non riconosciuta "non ravvisando nelle sue peculiarità comunicative e strutturali circostanze che lo allontanino da tale categoria"[8].

Il dato interessante da evidenziare è che la natura di comunità virtuale consentita dall'uso della piattaforma produce un effetto diretto e concreto sulla misura dell'espulsione, la quale si sostanzia nella disattivazione dell'account. Si tratta di un provvedimento che, negli ultimi anni, si sta affermando come nuova modalità di intervento unilaterale del gestore della piattaforma nel rapporto con i suoi utenti. L'espressione "modalità di intervento" è qui volutamente generica, dal momento che la sua qualificazione giuridica è diversa a seconda della classificazione del rapporto tra piattaforma e utente.

Vale la pena di accennare ai due casi più rilevanti in questo ambito dal momento che la loro analisi consentirà di verificare se l'espulsione del socio dall'associazione nei casi esaminati possa essere ancora considerata come una forma di risoluzione del contratto associativo e quindi di autotutela contrattuale oppure se essa abbia assunto un carattere sanzionatorio e afflittivo.

3.1 *La disattivazione dell'account nelle condizioni generali di eBay*

La sospensione dell'account come esercizio della risoluzione del contratto

[6] «La ricostruzione del valore semantico del termine partito» è un lavoro difficile (v. G. Vecchio, *I partiti. Autonomia associativa e regime europeo di democraticità nella partecipazione politica*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.*, Napoli, 2016, p. 23).

[7] Si consenta il rimando a A. Quarta, *Il partito politico tra istituzione, contratto associativo e comunità* (in corso di pubblicazione).

[8] M. Basile, *Il "Movimento cinque stelle" al vaglio dei giudici civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 250. Questi problemi sembrerebbero superati dalla recentissima costituzione dell'associazione MoVimento 5 Stelle, la quale ha segnato la definitiva formalizzazione della comunità virtuale della piattaforma movimentocinquestelle.it nell'omonimo partito. Lo Statuto della nuova associazione ha fatto tesoro delle sentenze qui esaminate, intervenendo con una regolazione particolarmente puntuale dei casi di espulsione e dei tipi di sanzione. Cionondimeno, la costituzione di questa nuova associazione solleva interrogativi e problemi che riguardano in primo luogo, il rapporto che lega il partito all'istituto civilistico dell'associazione non riconosciuta e, in secundis, l'applicazione creativa dell'art. 36 c.c.

per inadempimento del debitore è stata oggetto di due decisioni di tribunali di merito che si sono pronunciati sul rapporto tra la società eBay e due diversi venditori che utilizzavano l'omonima piattaforma digitale per esercitare la propria attività anche nel settore dell'e-commerce.

Con la decisione del 7 luglio 2010, il Tribunale di Messina era chiamato a decidere sulla legittimità di una sospensione dell'account disposta da eBay a seguito di un certo numero di feedback negativi ricevuti dalla società ricorrente, fattispecie che integrava la violazione di alcune clausole del contratto unilateralmente predisposto da eBay e sottoscritto dal ricorrente[9]. La sospensione, decisa per un tempo indeterminato, veniva valutata dal giudice alla stregua di una risoluzione per inadempimento, qualificazione che implicava un'analisi sulla particolare gravità della condotta del debitore.

Secondo il Tribunale, i feedback ricevuti dal ricorrente non consentivano, per quantità e per contenuto, di apprezzare "un grave inadempimento alle regole di eBay", fermo restando che "l'attribuzione all'hoster di un potere di decidere, anche in assenza di qualsiasi valutazione circa la gravità dell'inadempimento, la risoluzione del contratto e la sospensione dell'account, attribuirebbe in realtà allo stesso un potere di recedere unilateralmente dal rapporto, clausola da considerarsi certamente vessatoria e bisognevole quindi di specifica approvazione".

La linea interpretativa del recesso unilaterale appare più netta nella decisione del 30 aprile 2012 del Tribunale di Catanzaro[10]. In questo caso, il giudice ha ritenuto che la sospensione non potesse essere qualificata come una risoluzione per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c., dal momento che questa ha natura giudiziale e necessita di un accertamento costitutivo del giudice, laddove, nel caso esaminato, era stata direttamente eseguita dalla parte creditrice. Allo stesso modo, la sospensione non poteva essere considerata come una risoluzione operante in forza di una clausola risolutiva espressa che, per essere validamente apposta nel regolamento contrattuale, richiede "una indicazione specifica delle obbligazioni che devono essere adempiute a pena di risoluzione". Trattandosi di un recesso unilaterale, pertanto, la sospensione doveva essere specificamente regolata da una clausola da sottoporre alla doppia sottoscrizione del debitore, pena la

[9] La decisione è pubblicata in *Dir. inf.*, 2011, p. 118 ss. con nota di I.P. Cimino, *Sospensione di* account *di vendita nel marketplace di eBay, tutela del contratto e della libertà di impresa nel commercio elettronico*, pp. 120-134.

[10] La decisione è pubblicata in *Dir. inf.*, 2012, p. 1174 ss. con nota di G. Aranguena, *Sospensione di un* account *su eBay: il contratto telematico B2B tra accettazione* point and click *e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, pp. 1181-1202.

sua natura vessatoria e quindi la sua nullità[11].

È interessante notare come le due decisioni abbiano inserito la disattivazione dell'account in un contesto più ampio, andando a verificare l'effetto che essa produce all'interno di un mercato in cui eBay si comporta, di fatto, come un oligopolista. Per questa ragione, "la presenza sulla piattaforma di eBay appare indispensabile ai fini della sopravvivenza"[12] della società ricorrente, dato che induce a ritenere che "l'esclusione a tempo indeterminato da eBay non si traduca semplicemente in una mera perdita di clienti, ma abbia un'incidenza molto più pesante che può arrivare sostanzialmente ad escludere l'impresa dal mercato stesso"[13]. Con questo ragionamento, in altre parole, i Tribunali non hanno giudicato la disattivazione dell'account soltanto come una manifestazione di un potere contrattuale, ma come uno strumento di governo del mercato, capace di pregiudicare il posizionamento e l'immagine delle imprese che in questo sono attive.

Le decisioni dei Tribunali aditi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. hanno ordinato a eBay la riattivazione dell'account dei ricorrenti, con un provvedimento consistente in un obbligo di fare infungibile, *ex* art. 614 *bis* c.p.c..

3.2 *La disattivazione dell'account dei prestatori di servizi*

La nuova frontiera della diffusione delle piattaforme digitali è rappresentata dal loro uso nell'ambito della c.d. sharing economy. L'acquisto di beni e servizi è, anche in questo caso, subordinato all'accettazione delle condizioni generali e dei termini predisposti dal soggetto gestore della piattaforma che, pertanto, abilita le credenziali che consentono all'utente di entrare in questo nuovo mercato.

Come noto, i servizi e i beni offerti per il tramite della piattaforma sono eseguiti e condivisi dai c.d. prestatori di servizi, figure ibride che faticano a essere ricondotte alla definizione del professionista o del consumatore contenuta nel codice del consumo. Vi è grande incertezza nel dibattito in dottrina circa il più corretto inquadramento delle piattaforme e, in particolare, del loro rapporto con i prestatori di servizi: questo, infatti,

[11] Si tratta di rapporti B2B per i quali non trova applicazione né la disciplina del codice del consumo né le regole in materia di subfornitura. La doppia accettazione di clausole vessatorie deve essere analizzata tenendo conto della modalità di sottoscrizione di un contratto telematico, basata sul c.d. *point and click*. Le note che accompagnano le decisioni in esame si soffermano sui problemi connessi a tale questione. V. *supra*, nt. 8 e 9.
[12] Trib. Messina, 7 luglio 2010, cit., p. 119.
[13] Trib. Catanzaro, 30 aprile 2012, cit., p. 1180.

può essere descritto a partire da un modello triangolare, che assegna alla piattaforma un ruolo di intermediazione e quindi una posizione distinta (per forma e sostanza) da quella del prestatore di servizi, oppure applicando uno schema bilaterale. Questa seconda soluzione segnala la natura meramente apparente della distinzione tra piattaforma e prestatore, dal momento che i servizi offerti dalla prima, tipici di un intermediario della società dell'informazione, sono soltanto accessori al servizio principale che è quello di cui beneficia l'utente tramite la prestazione materialmente eseguita dal prestatore di servizi. Ciò vuol dire che il rapporto tra piattaforma e prestatore potrebbe essere caratterizzato da indici di subordinazione tipici di un rapporto di lavoro e, quindi, di una dipendenza del secondo dalla prima[14].

La questione, qui evidentemente ridotta ai minimi termini, fatica a trovare una chiara definizione e, soprattutto, un inquadramento univoco e generale, date anche le forti differenze che separano le piattaforme digitali. Il caso più eclatante rimane il rapporto che lega la società Uber ai suoi drivers che, finora, è stato ricondotto in ordinamenti diversi allo schema del lavoro subordinato da tre diverse autorità giudiziarie[15]. Nel mercato unico europeo, manca un'opinione condivisa e, probabilmente, la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Uber Belgium v. Taxi Radio Bruxellois (C-526/15) rappresenterà un definitivo spartiacque, dal momento che proprio la qualificazione del ruolo dei drivers costituisce una delle questioni centrali rimesse al giudice dell'Unione.

Ad ogni buon conto, gli autori che sostengono l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, qualificano come licenziamento la disattivazione dell'account che la piattaforma può disporre unilateralmente. Essa infatti "blocca di fatto l'accesso del lavoratore alla piattaforma e la possibilità stessa di ricevere i compiti da eseguire"[16]. Gli effetti della misura sono generalmente immediati e si realizzano anche in assenza di una preventiva comunicazione scritta al prestatore di servizi/lavoratore e, quindi, di una motivazione del licenziamento.

La disattivazione dell'account è stata utilizzata nel senso ora descritta

[14] Si consenta il rinvio a A. Quarta, *Il ruolo delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa*, in *Contr. e impr. Europa*, 2017, p. 554 ss.

[15] Si tratta dei casi Berwick (Case No. 11-46739 EK) giudicato dalla California Labor Commission; Douglas O' Connor v. Uber Technologies, Inc. (C-13-3826 EMC, 2015), una class action decisa dalla United States District Court Northern District Of California; Aslam, Ferrar & others v. Uber (case 2202550/2015), deciso dal Tribunale del lavoro di Londra.

[16] M. Birgillito, *Lavoro e nuova economia: un approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, in *Labour & Law Issues*, 2,2, 2016, pp. 72-73. Il saggio è disponibile online all'indirizzo *https://labourlaw.unibo.it/article/view/6491*.

da Uber, TaskRabbit e, in Italia, dall'azienda che gestisce la piattaforma Foodora, un servizio di consegna di pasti a domicilio eseguito da fattorini in bicicletta (i c.d. riders)[17]. Nella prassi delle aziende citate, la cancellazione delle credenziali può essere disposta sulla base di feedbacks negativi degli utenti del servizio che segnalano la scarsa qualità della performance del prestatore di servizi[18] oppure per un comportamento di quest'ultimo contrario alle indicazioni della piattaforma o al codice di comportamento. Così in alcuni casi, Uber ha subordinato la riattivazione dell'account del driver alla partecipazione a un corso di nuova formazione[19].

Non vi è dubbio che la decisione di mettere fine al rapporto con il prestatore di servizi sia esclusivamente rimessa alla piattaforma. Essa disattiva l'account esercitando un esteso "right to control" che si sostanzia anche nella definizione di standard di qualità dell'esecuzione del servizio con cui valutare le recensioni e i ratings degli utenti[20]. A tal riguardo, soltanto, la qualificazione della relazione tra piattaforma e prestatore come rapporto di lavoro subordinato autorizzerebbe la definizione della disattivazione dell'account come una nuova forma di licenziamento. Il discorso, tuttavia, potrebbe anche essere rovesciato e la cancellazione delle credenziali intesa come un indice di subordinazione da cui eventualmente desumere l'esistenza di un rapporto di dipendenza.

Ad ogni modo, la diffusione della new economy e di legami virtuali rende la disattivazione dell'account lo strumento sufficiente per decretare unilateralmente la fine di un rapporto contrattuale: è chiaro che, nei casi in cui questo integri gli estremi di un rapporto di lavoro subordinato, l'unilateralità consacrata dalla tecnologia incorra nel rischio di contrastare con i principi e le tutele del diritto del lavoro, tornando a configurare il licenziamento come l'espressione, anche arbitraria, della volontà dell'impresa.

[17] Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778, ha respinto la domanda dei riders di accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato nei confronti di Foodora e, pertanto, ha escluso le domande relative alla nullità, l'inefficacia e l'illegittimità del licenziamento. Vale la pena di sottolineare che la piattaforma Foodora non abilità rapporti di economia collaborativa, ma si muove nel campo della c.d. gig economy.

[18] A. Aloisi, *Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of "On-Demand/Gig Economy" Platforms*, in 37 *Comparative Labor Law Journal & Policy Journal* (2015-2016), p. 674.

[19] J. Prassl, M. Risak, *Uber, TaskRabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowd Work*, in 37 *Comparative Labor Law Journal & Policy Journal* (2015-2016), p. 638.

[20] B. Sachs, *Uber and Lyft: Customer Reviews and the Right-to-Control*, disponibile on line all'indirizzo *https://onlabor.org/uber-and-lyft-customer-reviews-and-the-right-to-control/*.

4. *Una nuova natura per l'espulsione?*

Negli esempi discussi, la disattivazione dell'account è stata qualificata come strumento per porre termine a un rapporto di lavoro e quindi come una nuova forma di licenziamento, mentre, nei casi che coinvolgevano eBay, essa è stata considerata un recesso unilaterale *ad nutum*, ammissibile soltanto se correttamente visionato e accettato, con il meccanismo della doppia sottoscrizione, dalla parte debitrice.

Tornando alla disattivazione che ha realizzato l'espulsione dell'iscritto dal MoVimento Cinque Stelle, vale la pena di sottolineare una particolarità del provvedimento adottato dal partito. Infatti, esso ha avuto l'effetto di impedire la partecipazione alle primarie per la scelta dei candidati del MoVimento alle elezioni comunali di Roma e Napoli e alle elezioni della Regione Sicilia. Pertanto, l'espulsione ha colpito l'esercizio di un diritto di elettorato attivo e passivo e, soprattutto, la partecipazione dell'iscritto a un evento che non solo è particolarmente importante per la vita del MoVimento, ma è anche straordinario, non rappresentando un momento ordinario della vita associativa[21].

Questo elemento consente di capire facilmente la linea di confine su cui il provvedimento di espulsione si colloca. Infatti, da una parte, esso protegge l'associazione e quindi la prosecuzione delle attività che consentono il raggiungimento del suo scopo sociale; dall'altra, assume carattere sanzionatorio ogniqualvolta sia diretto a punire l'associato che abbia posto in essere dei comportamenti contrari alle regole dello statuto o comunque capaci di screditare e mettere in cattiva luce l'associazione.

I due significati che possono essere attribuiti all'espulsione assumono una precisa descrizione giuridica: l'obiettivo di protezione consente di qualificare il provvedimento come una misura di autotutela contrattuale per l'ente che non intenda proseguire il rapporto con uno dei suoi componenti: essa, pertanto, è legittimata dall'esistenza dello stesso contratto associativo. La finalità punitiva, invece, iscrive l'espulsione nell'elenco delle pene private, considerandola una sanzione di carattere afflittivo.

La dottrina non ha raggiunto un consenso unanime sul corretto inquadramento della espulsione. Francesco Galgano, muovendo dalla natura contrattuale del rapporto associativo, ravvisava nell'art. 24 c.c. una norma imperativa che ammetteva una causa di risoluzione del

[21] Così anche, G. Vecchio, *I partiti. Autonomia associativa e regime europeo di democraticità nella partecipazione politica*, cit., p. 174 che sviluppa l'idea a proposito di una sospensione anche di breve durata.

contratto ai sensi dell'art. 1372 c.c.[22] I gravi motivi richiesti per avere un provvedimento legittimo segnalano, secondo l'autore, l'esistenza di un diritto alla permanenza nell'associazione che protegge l'iscritto da esclusioni irragionevoli e non motivate. Inoltre, la gravità del motivo corrisponde alla non scarsa importanza dell'inadempimento, necessaria per aversi la risoluzione, ed è rintracciabile in quel comportamento dell'associato che viola le regole statutarie o quel dovere di collaborazione che lega gli iscritti alla realizzazione dello scopo comune.

Una simile descrizione dell'espulsione è, ovviamente, strettamente collegata all'opzione contrattualista scelta da Galgano e opposta a quella ricostruzione che, a partire dalla pluralità degli ordinamenti giuridici e dalla dottrina tedesca[23], vedeva nell'associazione un'istituzione e nell'espulsione il prodotto dell'esercizio di un potere disciplinare. Si tratta della posizione sostenuta da Pietro Rescigno nel suo saggio *La giustizia interna nelle associazioni private*, con cui l'autore recensiva il libro di Ulrich Meyer-Cording del 1957[24]. L'espulsione è definita senza alcuna incertezza come una pena che ha la funzione di mantenere la disciplina interna dell'associazione e che trova nella casistica - che lo statuto dovrebbe stabilire - e nei gravi motivi imposti dalla legge, i limiti per evitare che il provvedimento sia usato da una maggioranza come un'arma contro il singolo iscritto. In questi casi, la condotta dell'ente deve essere valutata in termini di abuso e di eccesso di potere, in conformità alla sua natura di istituzione. Secondo Rescigno, pertanto, l'espulsione ha una natura preventiva e retributiva e non ha come obiettivo quello di spingere il debitore all'adempimento; anche per questa ragione, essa non si trasforma in uno strumento finalizzato a ottenere un risarcimento del danno[25].

[22] F. Galgano, Sub *art. 24*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca,* Bologna-Roma, 1969 (2ª ed. 2006), p. 323 . Di questo avviso anche M.V. De Giorgi, *In tema di delibere di associazione non riconosciuta*, in *Giur. it.*, 1974, I, p. 795 e C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977. V. *infra*.

[23] La posizione istituzionalista era difesa soprattutto da W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, p. 41 ss. e p. 60 ss. e da S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Firenze, 1945, p. 63 ss.

[24] P. Rescigno, *La giustizia interna nelle associazioni private*, in Id., *Persona e comunità*, Padova, 1987, p. 125. Sul potere disciplinare esercitato dal partito politico, v. P. Pisacane, *Il potere disciplinare dei partiti politici nei confronti degli iscritti: fondamento e limiti*, in P. Perlingieri (a cura di), *Partecipazione associativa e partiti politici*, Napoli, 1993, p. 235 ss.

[25] Oltre a queste posizioni, vale la pena di ricordare M. Basile, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, che sostiene la natura autonoma dell'espulsione; e G.F. Mancini, *Prime osservazioni sul recesso straordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 79 ss. e G. Gabrielli, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, *ivi*, p. 726 ss. qualificano l'espulsione dell'associato come un recesso unilaterale dell'associazione.

La giurisprudenza, nelle decisioni con cui ha sindacato la legittimità dell'espulsione di un associato dall'associazione, ha aderito all'opzione contrattualista e, di conseguenza, ha preferito ragionato nei termini di risoluzione del contratto associativo. L'approccio istituzionalista ha vissuto un progressivo declino nella classificazione delle associazioni ma anche dei partiti, i quali sono ricondotti all'associazione non riconosciuta disciplinata dall'art. 36 c.c. L'inquadramento civilistico ha quindi prevalso su una impostazione di carattere pubblicistico, per ragioni sistematiche - la parabola dell'ordinamento sportivo dimostra l'essenzialità del riconoscimento legislativo - e per ragioni sociali, connesse all'indebolimento dei partiti tanto in termini di base, di fiducia e di militanza, tanto di capacità di determinare la linea politica del paese, ruolo che ormai condividono con numerosi poteri privati.

Se questo è vero, non si può però fare a meno di notare come il discorso istituzionalista trovi un nuovo terreno fertile proprio nella diffusione delle *communities* virtuali che si formano grazie e all'interno di piattaforme digitali. Esse sono dotate di proprie regole e di codici di comportamento, di sanzioni, organi di giustizia interna e meccanismi di *enforcement*[26], tutti elementi che - secondo alcuni autori - qualificano le *communities* come ordinamenti autonomi che si auto-regolano e che, pertanto, non richiedono un intervento del legislatore[27].

I casi di espulsione dal M5S mescolano le due questioni affrontate fin qui: da una parte, vi è una piattaforma che costruisce l'organizzazione del partito e la comunità di riferimento che è, prima di tutto, virtuale; dall'altra, questa differenza prodotta dall'uso della rete e della tecnologia non è sufficiente per scardinare la qualificazione della comunità virtuale MoVimento Cinque Stelle come un'associazione non riconosciuta.

L'uso dell'espulsione, in questo scenario, può forse fornire alcuni elementi utili, sebbene - vale la pena di sottolinearlo nuovamente - i tribunali di Roma, Napoli e Palermo non abbiano esitato a inscrivere il provvedimento nell'ambito dei rimedi propri di un contratto associativo. Nei casi esaminati, i motivi che avevano portato il Capo Politico a deliberare l'espulsione non possono essere ricondotti a precise condotte tipizzate nel non-statuto; soltanto nella decisione napoletana - che, come detto, si è però arrestata a un controllo di legittimità formale del procedimento - i fatti contestati agli espulsi chiamavano direttamente in causa un comportamento specificamente vietato nel non-statuto, ossia l'iscrizione degli espulsi ad altri

[26] F. Astone, *L'*enforcement *privato in Italia*, in *Annali it. dir. autore AIDA*, 2014, p. 59 ss.
[27] M. Cohen, A. Sundararajan, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in 82 *The University of Chicago Law Review Dialogue* (2015), p. 116 ss.

partiti e movimenti[28]. Inoltre, non è completamente priva di fondamento la percezione che le espulsioni operate dal MoVimento abbiano avuto una finalità preventiva e retributiva, se si considera la vicinanza temporale tra la loro deliberazione e lo svolgimento delle primarie online, colpendo il diritto di elettorato attivo e passivo dell'iscritto.

Sulla base di questi elementi, si può sostenere che ci siano buone ragioni per attribuire carattere afflittivo alle espulsioni deliberate dal MoVimento Cinque Stelle e, in questo scenario, la facilità dell'esecuzione della misura, garantita dalla rete e dalla tecnologia, consente di superare quel giudizio morale che accompagna la pronuncia di esclusione ma non la decisione di risolvere il contratto[29].

Questi episodi, accreditando come concreta la possibilità che l'espulsione del socio assuma un carattere afflittivo, rendono particolarmente attuali gli insegnamenti di Cesare Massimo Bianca che preferiva l'opzione contrattualista proprio perché l'esercizio del potere disciplinare può non soltanto entrare in contrasto con un principio di parità reciproca che governa i rapporti associativi, ma anche esporre il singolo agli abusi della maggioranza[30].

Del resto, l'espulsione rappresenta il momento in cui il singolo associato è esposto al gruppo e, potenzialmente, a meccanismi di soggezione, ragion per cui è necessario precisare i confini che presiedono l'adozione della misura, attraverso dispositivi di tutela che attengono il procedimento e che devono riflettersi anche sull'impianto dello statuto nella forma di precise indicazioni dei motivi fondativi dell'esclusione.

Questa attenzione ai meccanismi di tutela non conosce eccezioni, neppure di fronte a soluzioni organizzative e modalità di esecuzione dell'espulsione che cambiano grazie all'uso della rete. La tensione, indicata da Bianca, tra autonomia e libertà nelle autorità private resta pertanto il filo conduttore nell'esame delle tecniche di organizzazione dei gruppi umani.

Se la disattivazione dell'account rappresenta la nuova frontiera dell'espulsione del socio, diventa allora necessario ricostruire i significati giuridici che essa può assumere, al fine di individuare con precisione gli standard di tutela a cui fare riferimento.

[28] Sebbene, a essere precisi, si trattasse di iscrizione a un gruppo Facebook che sosteneva una lista che intendeva presentarsi alle comunali diversa dal MoVimento Cinque Stelle.
[29] P. Rescigno, *La giustizia interna nelle associazioni private,* cit., p. 129.
[30] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 25.

Martina D'Onofrio

L'esportabilità della disciplina del dolo incidente a tutela del socio di minoranza danneggiato dall'abuso di potere della maggioranza

Sommario: 1. Introduzione – 2. Un caso concreto di 'abuso' – 3. L'abuso di potere come violazione di buona fede e correttezza: i limiti al potere della maggioranza assembleare – 4. Tutela risarcitoria per la violazione di correttezza e buona fede – 5. Il danno: la lesione delle «ragionevoli aspettative».

1. *Introduzione*

Nel novero di quelle che Cesare Massimo Bianca definisce «autorità private», che si configurano nei casi in cui un privato abbia il «potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni»[1], un ruolo di primo piano è senz'altro giocato dalla maggioranza assembleare, che lo stesso Autore menziona tra le «autorità di diritto», in quanto titolare del potere di imporre gli effetti giuridici delle proprie determinazioni sull'intero organismo sociale[2].

Riprendendo un'osservazione dello stesso Bianca, una volta assodata la compatibilità della posizione delle «autorità private» con il principio di uguaglianza[3], questione di rilievo diventa comprendere i confini del potere privato, nonché, di conseguenza, gli strumenti di tutela a favore di coloro che a esso sono sottoposti[4].

Si intende dunque in questa sede soffermarsi sul potere della maggioranza assembleare nelle società di capitali, in particolare sull'estensione di tale potere, nonché sui rimedi esperibili qualora suddetta maggioranza

[1] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 4.
[2] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 16 ss.
[3] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 5 ss.
[4] Su tale giudizio di compatibilità si rinvia a C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 46 ss. Più in generale, sul rapporto tra poteri privati e diritti fondamentali nell'ordinamento italiano, si veda G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, I, Torino, 1970, p. 99 ss.

dovesse abusarne[5]: si focalizzerà specificamente l'attenzione sui 'doveri di comportamento' che delimitano il potere dei soci di maggioranza nel procedimento assembleare e sulla tutela a favore dei soci di minoranza, concentrandosi in particolare sulla configurabilità del rimedio risarcitorio a seguito di comportamenti contrari a buona fede e correttezza.

2. *Un caso concreto di 'abuso'*

Nella trattazione del tema appena introdotto s'intende muovere da un caso concreto su cui è intervenuto un lodo arbitrale dato in Verona, 25 marzo 2017 (inedito): Alfa S.r.l., i cui soci erano riconducibili a due blocchi familiari, era amministrata dal socio Tizio che, dopo due anni di gestione (proficua, stando a quanto emerge dai bilanci della società), proponeva di appaltare a terzi la gestione di una (e una sola) porzione dell'attività sociale, nel caso di specie la conduzione del bar. La scelta di affidarne la concreta gestione a un operatore esperto nel settore era motivata da ragioni di efficienza. I soci riconducibili all'altro blocco familiare rispetto a quella di cui Tizio era espressione, i quali detenevano la maggioranza del capitale sociale, decidevano nel corso di un'assemblea di revocare Tizio ed eleggere *ex novo* un consiglio d'amministrazione. L'assemblea deliberava inoltre di affittare l'azienda (a un prezzo calmierato), appaltando altresì la gestione di tutte le attività della società alla neocostituita S.r.l.s. Beta. Quest'ultima, che avrebbe anch'essa già avanzato un'offerta per aggiudicarsi la gestione del bar, era partecipata e amministrata da figli di alcuni soci di maggioranza di Alfa, molto giovani e senza alcuna esperienza nel settore della ristorazione.

In sede assembleare, i soci di maggioranza non davano minimamente ascolto ai soci di minoranza, rifiutando *tout court* di prendere in considerazione le concrete proposte di questi ultimi, i quali avevano altresì portato all'attenzione dell'assemblea preventivi di potenziali gestori dell'attività di bar. I soci di maggioranza nella discussione assembleare occultavano altresì le condizioni della presunta proposta di Beta, che in sede istruttoria si rivelava mai ufficialmente avanzata da parte di quest'ultima. In altre parole, quella che era stata presentata come proposta della società Beta altro non era se non la scelta dei genitori, soci di maggioranza, di affidare

[5] Sul potere della maggioranza assembleare nell'esplicazione della propria attività di decisione si è soffermato C. Hoffmann, *Private Macht im Gesellschaftsrecht - Die Macht der Mehrheit*, in F. Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, Tübingen, 2016, p. 362 ss.

la gestione del bar ai figli, così frustrando ogni occasione di partecipazione effettiva della minoranza - appartenente ad altro gruppo familiare - al procedimento che aveva condotto all'assunzione delle delibere.

I soci di minoranza decidevano così di proporre azione per l'annullamento della delibera per 'abuso' o 'eccesso' di potere della maggioranza (richiamando altresì l'ipotesi del conflitto d'interessi), nonché per il risarcimento del danno conseguente al comportamento di malafede dei soci di maggioranza.

L'arbitro in sede di decisione rigettava la domanda di annullamento per abuso di potere e negava il conflitto d'interessi, ritenendo che la motivazione di voler mantenere una gestione familiare della società addotta dai soci di maggioranza a sostegno della propria scelta precludesse il rimedio di cui all'art. 2373 c.c., poiché l'interesse personale non sarebbe stato *tout court* contrario a quello della società[6]. Per quanto riguarda la domanda risarcitoria, l'arbitro riconosceva invece la censurabilità del comportamento dei soci maggioritari, determinando in via equitativa un risarcimento a loro favore.

3. *L'abuso di potere come violazione di buona fede e correttezza: i limiti al potere della maggioranza assembleare*

Non ci si occuperà in questa sede dei confini posti al potere della maggioranza dalle disposizioni codicistiche che regolano i lavori assembleari e dai motivi d'impugnabilità delle delibere; ci si soffermerà invece sui limiti che la giurisprudenza ha tracciato per arginare il potere della maggioranza muovendo dall'elaborazione della figura dell'abuso del diritto.

I vizi di abuso di maggioranza ed eccesso di potere (le due espressioni sono spesso usate in maniera pressoché endiadica dalla giurisprudenza[7]) sono stati presi in considerazione ai fini dell'annullamento delle delibere nell'ipotesi

[6] Perché si configuri un conflitto d'interessi con le conseguenze di cui all'art. 2373 c.c. è infatti necessario per giurisprudenza consolidata - cfr. per es. Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, citata dallo stesso lodo da cui si è partiti - che la divergenza tra l'interesse del socio e l'interesse della società sia «tale per cui il socio non può realizzare l'uno se non sacrificando l'altro».

[7] Le due figure sono sostanzialmente equiparate, salvo alcuni casi, tra cui si veda, ad esempio: Trib. Milano, 11 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, p. 1897, ove si distingue tra 'eccesso' e 'abuso' di potere nel senso che «ricorre la prima figura nel caso di mancata corrispondenza tra quanto deliberato ed il fine sociale, con prospettiva di danno a carico della società, e che ricorre invece la seconda figura nel caso di delibera (pur nell'alveo del fine sociale, ma) motivata da finalità oppressive della minoranza e con prospettive di danno a carico dei soci prevaricati».

in cui la decisione votata dai soci di maggioranza non trovasse alcuna giustificazione nell'interesse sociale, ovvero quando questa avesse il solo scopo fraudolento di ledere interessi degli altri soci, oppure risultasse preordinata ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza[8]. Hanno trovato spazio entro gli estremi di questa figura, ad esempio, i casi in cui l'aumento di capitale era unicamente finalizzato a diluire la consistenza percentuale della partecipazione della minoranza[9].

Passando brevemente in rassegna le fattispecie di 'abuso di maggioranza' e di 'eccesso di potere' agevolmente si evince come esse siano state inquadrate da dottrina e giurisprudenza quali *species* del più ampio *genus* dei comportamenti contrastanti con i principi di correttezza e buona fede[10].

I medesimi principi - derivanti dalla natura essenzialmente contrattuale delle regole che reggono l'organismo societario[11] - intervengono infatti a integrare il contratto sociale e le sue inevitabili lacune, imponendo alla maggioranza un comportamento che rispetti l'equilibrio degli interessi tra le parti[12]. La maggioranza nell'espressione del proprio potere si trova così sottoposta a doveri ulteriori e complementari rispetto a quelli previsti dalle norme codicistiche che regolano l'assemblea.

[8] La sentenza che ha aperto la strada a questa figura è Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 ss. Così Cass., 17 febbraio 2012, n. 2334, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1443 ss. In dottrina, si vedano, tra i molti, V. Salafia, *L'eccesso di potere nell'approvazione delle delibere assembleari*, in *Soc.*, 2015, p. 835 s.

[9] Si veda, per es. Trib. Como, 1 giugno 2000, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 125 ss., con nota di C. Pasquariello, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*.

[10] Nella recente giurisprudenza di merito, illustra ed elenca le diverse ipotesi in cui si scorge un abuso di maggioranza Trib. Roma, 21 luglio 2015, n. 15923, in *Banca dati Sole 24 Ore*. Si vedano altresì, *ex pluribus*: Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387; Cass., 19 aprile 2003, n. 6361. In dottrina, si veda F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 290 s.

[11] La natura contrattuale sottesa all'ordinamento societario è sottolineata da W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, p. 54. Così anche M. Buoncristiano, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, p. 113. In ogni caso i doveri di buona fede e correttezza si ritengono doversi applicare a tutti i rapporti obbligatori, cfr. sul punto A. Gambino, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle Società per Azioni*, Milano, 1987, p. 75 ss.; C. Pasquariello, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, cit., p. 145.

[12] In questo senso: Cass., 17 luglio 2007, n. 15950. Recentemente, Trib. Roma, 31 marzo 2017, ha stabilito che il canone della buona fede in senso oggettivo è «finalizzato al contemperamento degli opposti interessi i quali, nel dinamismo proprio dell'ordinamento societario, sono destinati a trovare adeguata composizione nell'ambito del procedimento deliberativo».

4. *Tutela risarcitoria per la violazione di correttezza e buona fede*

Se - come testé visto - gli abusi di potere della maggioranza hanno assunto rilevanza ai fini dell'annullamento delle deliberazioni, si deve al contempo registrare un tendenziale atteggiamento restio nei confronti della c.d. tutela reale, nonché una corrispondente apertura verso la c.d. tutela obbligatoria[13]. L'estensione oltre misura della prima contribuirebbe infatti a minare la stabilità delle decisioni assembleari, mettendo in crisi la certezza del diritto.

In questo contesto pare opportuno indagare se e in quale misura i principi di buona fede e correttezza possano intervenire ad arginare il potere decisionale della maggioranza con riguardo a comportamenti che - seppur non integranti gli estremi che conducono all'annullamento della delibera - siano censurabili sotto il profilo puramente risarcitorio in quanto lesivi delle «legittime aspettative della compagine societaria»[14]. Nel caso concreto di cui al lodo, qualora non dovessero configurarsi i rigorosi estremi previsti per la caducazione della delibera, le fattispecie di abuso già prese in considerazione dalla giurisprudenza non sarebbero utili a reprimere i comportamenti dei soci di maggioranza in assemblea in danno della minoranza, lasciando così un vuoto di tutela nei confronti di quest'ultima.

Già Bianca nella sua opera, occupandosi della compatibilità dei poteri privati con il principio di uguaglianza, alla luce di quest'ultimo ritenne legittimo il potere del gruppo di decidere nell'interesse comune solo nella misura in cui siano rispettati i diritti di partecipazione del singolo all'organo deliberante, ciò infatti «giustifica l'assoggettamento alla decisione della maggioranza come assoggettamento a una decisione comune scaturente dal

[13] Così osservano R. Weigmann, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Soc.*, 2003, p. 279; F. D'Alessandro, *Tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 709; F. Di Girolamo, *Regole di validità e regole di condotta: a valorizzazione dei principi di buona fede e correttezza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 555 ss.; A. Nigro, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 881 ss.

[14] Fa riferimento ai legittimi interessi del singolo socio Trib. Monza, 16 settembre 2011, *Pluris*. In dottrina, la stessa configurazione è condivisa da M. Buoncristiano, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, cit., p. 167 ss.; F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 289 ss. Configura la frustrazione delle legittime aspettative dei soci come fondamento del rimedio risarcitorio G. Frisoli, *La clausola generale della buona fede in ambito societario*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 87 ss. A. Gambino, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle Società per Azioni*, cit., p. 75, sottolinea la necessità che «l'azione di tutti coloro che hanno il potere di incidere sullo svolgimento dell'attività sociale deve assicurare il rispetto delle legittime aspettative di tutti i soci».

concorso dei membri del gruppo»[15].

Orbene, quello rappresentato appare un caso emblematico, in cui l'atteggiamento dei soci di controllo in assemblea interviene a reprimere il diritto di partecipazione effettiva dei soci di minoranza, determinando la frustrazione delle loro ragionevoli aspettative. Si realizza in questo modo una peculiare fattispecie di abuso di maggioranza nell'ambito del procedimento assembleare[16]. Un simile abuso, che va a minare gli stessi presupposti giustificativi della legittimazione del potere privato della maggioranza, non rimane tuttavia privo di sanzioni.

I doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., che integrano il contratto sociale[17], non solo regolano le relazioni tra la società e i soci, bensì intervengono anche a presidiare i rapporti intersoggettivi tra questi ultimi[18]. Una condotta della maggioranza simile a quella descritta nel caso di specie si configura come lesione dei suddetti principi nell'ambito delle relazioni tra i soci[19].

In conseguenza di tale violazione, nel caso oggetto del sopra menzionato lodo viene fornito a tutela del socio di minoranza un rimedio che si muove

[15] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 19.

[16] F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 243. C. Pasquariello, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, cit., p. 147 s., osserva come l'art. 1175 c.c. imponga un «dovere di lealtà a carico di tutti i soci, che saranno obbligati, nei loro reciproci rapporti, a preservare gli interessi degli altri consociati».

[17] Come afferma Cass., 17 febbraio 2012, n. 2334, cit., «i canoni della correttezza e della buona fede presidiano l'esecuzione del contratto sociale».

[18] Il principio di fedeltà nei rapporti intersoggettivi è riconosciuto anche dalla giurisprudenza tedesca. Si veda *in primis*: BGH, 1 aprile 1953, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, XXIX, p. 163.

[19] M. Buoncristiano, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, cit., p. 138, afferma a chiare lettere che «nell'esercizio del potere colui che ne è investito è soggetto alla regola dell'esecuzione in buona fede di cui all'art. 1375 cod. civ.». L'estensione dell'ambito applicativo dei principi di buona fede e correttezza nei rapporti tra i soci è affermata da D. Preite, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, III.2, Torino, 1993, p. 74 s.; Id., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p. 85 s.: «è senz'altro da favorire una interpretazione che riconosca un vincolo di buona fede anche in capo ai singoli soci, con un conseguente obbligo di risarcimento dei danni a carico della maggioranza assembleare»; F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 290. In giurisprudenza, ciò si ritrova già in Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, cit., in cui si stabiliva che «l'esistenza di un dovere di lealtà e di correttezza a carico dei soci, nei loro reciproci rapporti, è desumibile, oltre che dalla disciplina generale del diritto delle obbligazioni anche dalle norme che più direttamente riguardano il diritto delle società».

su un livello diverso rispetto a quello della validità degli atti[20].

I presupposti dell'annullamento sono infatti piuttosto stringenti, sicché si riscontrano solo in casi specifici, non semplici da configurarsi[21]; nella decisione arbitrale da cui si sono prese le mosse, la maggioranza riesce a evitare l'annullamento adducendo un interesse sociale alla 'gestione familiare' dell'impresa che interviene a 'salvare' la legittimità della delibera. Il mancato annullamento di quest'ultima non deve peraltro essere d'ostacolo al riconoscimento del risarcimento del danno a favore della minoranza: tutela reale e tutela obbligatoria si muovono infatti su piani differenti[22].

Quanto appena detto si ripercuote sul profilo processuale, nella misura in cui la pretesa risarcitoria - essendo avanzata contro il comportamento dannoso individuale del socio (o dei soci) di maggioranza - opera su un piano «parasociale», per cui l'accertamento dell'invalidità della delibera non rappresenta una questione pregiudiziale in senso tecnico rispetto alla domanda risarcitoria[23].

Spostando per un attimo l'attenzione sull'ordinamento tedesco, si nota come in questo contesto la giurisprudenza sia già da tempo arrivata a riconoscere l'esistenza di un *Treuepflicht* intercorrente tra i soci, inizialmente solo nelle società di persone, successivamente anche nelle società a responsabilità limitata (*GmbH*). Quest'obbligo di fedeltà' è stato declinato dalla giurisprudenza in vari modi e, in particolare, è stata riconosciuta una

[20] Così M. Buoncristiano, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, cit., p. 169, secondo il quale la buona fede incide sulle «modalità concrete dei comportamenti dovuti» e che «la buona fede come criterio per la valutazione dei comportamenti esecutivi è per natura destinata a muoversi in un ambito diverso da quello della validità degli atti».

[21] Tanto è vero che sovente la richiesta di annullamento per abuso di maggioranza viene rigettata per assenza dei presupposti specifici. Cfr. F. Guerrera, *Abuso del voto e controllo 'di correttezza' sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 271.

[22] In questo senso si esprime chiaramente Trib. Milano, 28 settembre 2006, *Garavoglia vs. Garavoglia*, inedita, ma menzionata e parzialmente riportata in A. Stabilini, *L'abuso della regola di maggioranza nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2011, p. 845, secondo cui «la pronuncia di annullamento della delibera non è affatto necessaria agli effetti del risarcimento del danno che la stessa avrebbe prodotto» in quanto «la sanzione dell'annullamento attiene al piano della tutela reale, ed è funzionale a rimuovere un vincolo a carico di tutti i soci» mentre «il risarcimento, a prescindere dal permanere di detto vincolo, è funzionale a ristorare il socio, parte del contratto sociale, che dall'inadempimento dello stesso, frutto di una condotta contraria a lealtà e buona fede espressasi nella specie attraverso detta delibera, abbia riportato un danno. Si tratta di due piani di tutela distinti». Cfr. anche F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 291. Menziona il risarcimento del danno tra le possibili conseguenze della violazione della buona fede anche M. Buoncristiano, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, cit., p. 171.

[23] F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 378.

lesione del *Treuepflicht* qualora la maggioranza, nell'esercizio del suo potere (*Rechtsmacht*), non tenga conto dei legittimi interessi della minoranza. Questa lesione apre (anche) la via del risarcimento del danno a favore del singolo socio, se questi abbia subito individualmente un danno diretto[24].

5. *Il danno: la lesione delle «ragionevoli aspettative»*

Una volta appurata la sussistenza degli obblighi di buona fede e correttezza nell'integrazione del contratto di società, nonché la configurabilità di una tutela risarcitoria slegata dalla tutela reale, ci si deve ora focalizzare sull'entità del danno di cui si assume la risarcibilità.

Guardando alla definizione dello stesso Bianca, la buona fede si concretizza nell'obbligo «di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio»[25]. Una violazione di quest'obbligo si configura dunque non solo nei casi in cui le Corti hanno riconosciuto l'annullamento, ma anche in ipotesi meno gravi, in cui a venire lese sono le «ragionevoli aspettative» dei soci di minoranza[26]. Proprio in tali casi, dovrebbe trovare spazio la tutela risarcitoria, onde evitare di lasciare privi di tutela i medesimi soci minoritari[27]. Vengono così in rilievo regole di correttezza che affiancano le regole di validità già a presidio dei diritti della minoranza contro l'abuso di potere della maggioranza.

Le intenzioni del gruppo di comando devono raffrontarsi alle esigenze o aspettative societarie della minoranza; vi è quindi la necessità di una «ponderazione fra i benefici 'collettivi' e i sacrifici 'individuali' legati

[24] Per un approfondimento sul *Treuepflicht* nelle *GmbH*, si vedano, tra i molti M. Winter, *Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht*, München, 1988; H. Wiedemann, *Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht*, in F. Kübler, H.-J. Mertens, W. Werner (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991*, Berlin-New York, 1991, p. 949 ss.; M. Dreher, *Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bei der GmbH*, in *Deutsches Steuerrecht*, 1993, p. 1632 ss.

[25] C.M. Bianca, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 2000, p. 505.

[26] Utilizza questa espressione F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 243.

[27] Anche F. Di Girolamo, *Regole di validità e regole di condotta: a valorizzazione dei principi di buona fede e correttezza*, cit., p. 576 s., sostiene che sia plausibile che «di fronte all'arretramento della tutela reale dei soci […] sia lecito, allo scopo di dare un contenuto sostanziale alle forme di tutela obbligatoria oggi possibili, poter fare maggiore affidamento su regole comportamentali e, quindi, sulle c.d. clausole generali». Pare accogliere questo pensiero F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 291 il quale fa conseguire alla violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. una tutela risarcitoria.

all'attuazione concreta della delibera»[28], essendo punibile con il rimedio risarcitorio «l'antigiuridicità della condotta assembleare tenuta dal socio (o dalla coalizione) in posizione di influenza dominante […] sul piano delle circostanze concrete che caratterizzano l'attuazione del rapporto societario»[29].

Nel caso di cui al lodo, quanto è avvenuto in assemblea, pur non esaurendo i presupposti richiesti per l'annullamento della delibera (la maggioranza adduce infatti un presunto interesse a mantenere per il bene della società una gestione 'familiare' che avrebbe spinto i soci di controllo a propendere per l'affidamento dell'attività a una società facente capo ai propri figli), si ritiene possa costituire una lesione dei diritti partecipativi della minoranza, dovuta al comportamento scorretto dei soci di maggioranza, i quali non hanno permesso ai soci minoritari di esprimere le proprie osservazioni riguardo all'attività sociale, non prendendo nella benché minima considerazione le concrete proposte da questi avanzate e occultando le condizioni della presunta proposta avanzata dalla S.r.l.s. riconducibile ai figli, accettata senza indugio[30].

6. *La responsabilità risarcitoria derivante da una condotta scorretta: la figura del dolo incidente*

La violazione dei principi di buona fede e correttezza di cui si sta discorrendo è riferita allo stadio 'procedurale'[31], rappresentato dalla fase dei lavori assembleari. Ciò che si va a punire sono i comportamenti attuati in quel momento, non è invece l'esito o lo scopo di tali atteggiamenti, come avviene nei casi di abuso già riconosciuti dalla giurisprudenza di cui si è detto in precedenza, nei quali ciò di cui si tiene conto è l'interesse sottostante alle 'mosse' della maggioranza[32]. La valutazione dinamica di tali condotte conduce così a una pronuncia di responsabilità[33].

[28] F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 195
[29] F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 195.
[30] F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 114, sottolinea come la condotta del socio nell'ambito del procedimento deliberativo assembleare sia potenzialmente esposta a un autonomo apprezzamento come fatto concausativo di danno.
[31] La rilevanza della buona fede in ogni fase del procedimento negoziale è evidenziata da S. Romano, voce *Buona fede*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 687.
[32] Dirige l'attenzione su buona fede e correttezza nel controllo 'causale' anziché 'teleologico' G. D'Amico, *Recesso 'ad nutum', buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 11 ss.
[33] G. Vettori, *Regole di validità e responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede*

In questo modo si arriva a condannare la maggioranza al risarcimento del danno per comportamenti contrari a buona fede e correttezza tenuti nell'ambito del procedimento assembleare, che non integrino gli estremi richiesti ai fini dell'annullamento della delibera[34], così come avviene nel campo della responsabilità precontrattuale qualora il comportamento doloso di una parte non sia tale da condurre all'annullamento del contratto, ma ciononostante determini il sorgere di una responsabilità risarcitoria[35].

Come già riconosciuto da dottrina e giurisprudenza in ambito precontrattuale, si ritiene che anche nel caso di scorrettezze nel processo formativo di una delibera - da qualificarsi in termini di negozio giuridico[36] - debba venire in rilievo la fattispecie del dolo incidente[37], nella quale il medesimo comportamento scorretto rilevante ai sensi del dolo determinante, non conduce - al contrario di quest'ultimo - all'annullamento del contratto, bensì unicamente al risarcimento del danno[38].

Parlando di 'comportamento doloso' non si intendono soltanto gli «artifizi e raggiri» tipici della figura di cui agli artt. 1439 s. c.c., ma una nozione più ampia elaborata dalla dogmatica moderna, comprendente un insieme più ampio di scorrettezze e di comportamenti contrari a buona fede[39], ben riscontrabili nella condotta sanzionata dal lodo da cui si sono prese le mosse (si pensi all'accettazione dell'offerta 'fittizia' della società facente capo ai figli dei soci di maggioranza, ignorando totalmente le proposte della minoranza)[40]. È proprio la scorrettezza del comportamento

come rimedio risarcitorio, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104 ss.

[34] Ammette questa soluzione F. Guerrera, *Abuso del voto e controllo 'di correttezza' sul procedimento deliberativo assembleare*, cit., p. 272.

[35] Tra le numerose sentenze in tema di responsabilità precontrattuale, in via esemplificativa si veda Cass., 16 aprile 2012 n. 5965, in *Contratti*, 2012, p. 888 ss., con nota di F. Valenti, *Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*.

[36] Il parallelo tra delibera e contratto è giustificato dalla natura negoziale della prima e dal rinvio di cui all'art. 1324 c.c., come sottolinea G. Visentini, *Disciplina delle società e legislazione bancaria*, Milano, 1971, p. 49.

[37] Ritiene applicabili gli artt. 1439 s. c.c. al procedimento formativo della delibera nel caso di condotta illegittima dei soci di maggioranza, ad esempio nelle ipotesi di inosservanza dei doveri di documentazione e informazione F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 242.

[38] T. dalla Massara, *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, in L. Garofalo (a cura di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli contrattuali*, Torino, 2015, p. 307 ss.

[39] T. dalla Massara, *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 333 s.

[40] F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 376 s.,

messo in atto dal socio a giustificare l'affermazione della responsabilità individuale dello stesso, indipendentemente dagli influssi di tale condotta sul piano della validità della deliberazione[41], dando una rilevanza autonoma al dolo dell'autore del comportamento dannoso[42].

L'art. 1440 c.c. interviene infatti a sanzionare un illecito verificatosi in fase di formazione del contratto, prevedendone conseguenze sul piano del risarcimento del danno[43].

L'applicazione del dolo incidente nell'ambito del procedimento assembleare consente così di riparare gli effetti pregiudizievoli provocati da un regolamento di interessi che - seppur valido - si riveli lesivo delle aspettative di una parte a causa del contegno sleale dell'altra[44].

In questo modo si perviene all'apposizione di limiti al potere della maggioranza con lo scopo di tutelare la minoranza, nondimeno evitando di ledere l'interesse conservativo che potrebbe sussistere con riferimento alla stabilità della delibera.

7. *Conclusioni*

Alla luce delle considerazioni appena svolte, appare chiaro che il potere privato della maggioranza assembleare subisca restrizioni assai più ampie rispetto a quelle derivanti dal corpo di norme codicistiche da cui si sono prese le mosse.

La legittimazione di tale potere si basa infatti sul diritto di partecipazione di tutti i soci alle decisioni. Se l'intervento dei soci di minoranza venisse

afferma che «nell'ambito della relazione 'di potere' che sorge dal contratto sociale […] lo stato soggettivo 'doloso' di chi esercita in modo abusivo e/o illecito il voto assembleare si caratterizza o come 'mala fede' o come 'fraudolenza'».

[41] Chiaro in questo senso è F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 377 s.

[42] F. Guerrera, *La responsabilità 'deliberativa' nelle società di capitali*, cit., p. 379, afferma la necessità di «accordare anche rilevanza 'propria' alle condotte abusive, maliziose o fraudolente».

[43] Questo passaggio è posto da M. Mantovani, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 127, alla base della «teoria dei vizi incompleti», in base alla quale, accanto al dolo incidente, sarebbero configurabili i vizi dell'errore e della violenza 'incidenti', a cui viene data rilevanza sul piano risarcitorio.

[44] La *ratio* della teoria dei «vizi incompleti» è esplicitata da M. Mantovani, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 27: «l'esigenza è, in definitiva, quella di evitare che la protezione offerta dallo strumento dell'invalidità negoziale (intesa in senso lato) possa venire facilmente elusa da chi in mala fede ne utilizza i limiti».

eccessivamente e illecitamente compresso, fino a divenire solo formale, ovvero fittizio, allorquando per esigenze di certezza del diritto e stabilità delle delibere non possa rintracciarsi alcuna tutela sul piano della validità, la scorrettezza merita di essere ritenuta rilevante a livello risarcitorio.

In altre parole, si ritiene che la validità della delibera non debba per ciò solo importare un giudizio di irrilevanza sul piano risarcitorio di una condotta sleale e scorretta, che si sia tradotta in un regolamento negoziale non conforme all'interesse di una delle parti[45].

Nella condotta di malafede nel procedimento che conduce all'assunzione di una delibera assembleare - così come si è già ammesso nell'ambito della fase antecedente alla conclusione di un contratto - si individuano tutti i crismi della fattispecie del dolo incidente, foriera di conseguenze dal punto di vista risarcitorio.

Entrano così in gioco ulteriori limiti all'autorità della maggioranza, che oltre alle norme codicistiche regolano i lavori assembleari, nell'esercizio del proprio potere deve tenere in adeguato conto i principi di buona fede e correttezza se non vuole incorrere in responsabilità nei confronti dei singoli soci di minoranza.

[45] Svolge un'identica osservazione, con riguardo alla validità dei contratti e alle scorrettezze occorse durante la loro formazione M. Mantovani, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 17.

I POTERI PRIVATI
NEI RAPPORTI FAMILIARI

Antonina Astone

"L'autorità di diritto" dei genitori nel passaggio dalla patria potestà alla genitorialità responsabile

Sommario: 1. La famiglia del codice civile del 1942 specchio dell'autoritarismo del regime fascista – 2. Il declino del concetto di autorità nell'ambito dei rapporti familiari sullo sfondo dell'affermazione dei principi costituzionali e dei cambiamenti sociali – 3. La responsabilità genitoriale fondata sul "diritto all'amore" e all'ascolto – 4. Il diritto alla bigenitorialità nella crisi del rapporto di coppia – 5. Pluralizzazione dei modelli familiari e "genitorialità sociale" – 6. La risarcibilità dei danni connessi all'uso distorto dei poteri genitoriali – 7. La difficoltà di regolazione del complesso intreccio tra autonomia privata e obblighi giuridici che compongono la responsabilità dei genitori.

1. *La famiglia del codice civile del 1942 specchio dell'autoritarismo del regime fascista*

A distanza di pochi anni dall'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia, C.M. Bianca sottolineava come proprio la famiglia aveva costituito uno dei terreni «meno propizi per l'affermazione del principio di eguaglianza»[1].

Le disposizioni del codice civile, che erano state appena cancellate[2],

[1] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 9, in chiave critica rispetto all'idea sostenuta da L. Raiser, *Der gleicheitsgrundsatz im Privatrecht,* in *Zeitschrift für das gesamte Handels - und Wirtschaftsrecht*, 1948, p. 91 s. secondo cui la famiglia rientrava tra quei gruppi sociali nei quali la regola della parità non poteva trovare applicazione in quanto i suoi membri erano legati «da un rapporto morale che implica l'integralità della persona».

[2] Il primo libro del codice civile, entrato in vigore nel 1939, era connotato da una visione asimmetrica dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio e, nonostante la dichiarata reciprocità degli obblighi di fedeltà assistenza e coabitazione, *ex* art. 143 c.c., il marito, formalmente denominato "capofamiglia", godeva di una posizione privilegiata. Questa disparità si rifletteva anche nel rapporto genitori-figli: la titolarità formale della potestà era attribuita ad entrambi i coniugi ma - e non è un caso che la stessa fosse ancora qualificata "patria" - l'esercizio era riconosciuto solo al padre che poteva essere sostituito

disegnavano un archetipo familiare espressione di una plurisecolare stratificazione di norme, che disciplinavano un gruppo connotato da struttura patriarcale e verticistica, in cui l'autorità del capo-famiglia dominava sia sulla moglie che sui figli[3].

Configurata come «cittadella statale al servizio della nazione»[4], la famiglia aveva rappresentato specchio dell'idea di Stato forte che il fascismo aveva promosso e trovava il suo *humus* in una concezione della famiglia stessa condivisa da ampie fasce della società. Il superiore interesse all'unità familiare, funzionale anche al ruolo economico esercitato dalla famiglia patriarcale, da un verso, aveva legittimato gli interventi autoritativi da parte dello Stato sulla compagine familiare, dall'altro, dava fondamento all'autorità riconosciuta al capo-famiglia all'interno del gruppo[5].

L'eliminazione dalla normativa codicistica dei richiami espressi allo Stato fascista[6], dopo la caduta del regime, non avevano mutato lo *status quo* finalizzato, unitamente alla discriminazione della prole illegittima e all'indissolubilità del matrimonio, a preservare l'interesse all'unità, che continua ad essere valore apicale, anche per la famiglia nucleare[7],

dalla moglie in caso di lontananza o di altro impedimento. Il limite alla discrezionalità del padre sull'educazione da impartire ai figli era rappresentato dall'interesse pubblico a che l'educazione, ai sensi dell'art. 147 c.c., fosse "conforme ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista". Per un inquadramento in chiave storica, in generale cfr. P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974; G. Vismara, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici,* Milano, 1978; specificatamente M. Fortino, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole,* 2ª ed., Milano, 2004, p. 3 ss.; F. Ruscello, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Tratt. Ferrando*, III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, p. 75 ss.; M. Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore,* in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger,* Milano, 2007, p. 3 ss.

[3] Nelle *Institutiones,* di Gaio I, 55 si legge che *Item in potestate nostra sunt liberi quos iustis nuptiis procreaverimus*; in particolare, per una ricostruzione delle origini storiche della patria potestà, nel diritto romano, v. A. Mordechai Rabello, *Effetti personali della patria potestas*, Milano, 1979, p. 89 ss.

[4] Così F. Ferrara, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti,* in *Arc. st. corp.*, 1940, p. 41.

[5] Sulla continua tensione tra pubblico e privato, che pervade anche la famiglia, in generale Aa. Vv., *La famiglia crocevia della tensione tra "pubblico e privato"*, Milano, 1979; segnatamente C. Grassetti, *Della patria potestà*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, I, *Persone e famiglia*, Firenze, 1940, p. 616 ss.; il tema è stato indagato da P. Rescigno, già a partire dal volume *Persona e comunità*. *Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, p. 51 ss.; Il problema del rapporto tra interessi della comunità familiare e interessi individuali è ripreso da M. Sesta, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare,* in Aa. Vv., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 832.

[6] D. legisl. Lgt.287/1944.

[7] M. Fortino, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, cit., p. 21.

giustificando evidenti compressioni dei diritti fondamentali dei suoi componenti.

Se, fino all'emanazione del codice civile, la patria potestà[8] era stata congegnata con uno schema «identico o analogo a quello che si ha nel diritto di proprietà»[9], l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, proclamata dall'art. 29 Cost. e la quasi sostanziale parificazione tra figli legittimi e naturali, di cui all'art. 30 Cost., pongono in crisi il principio di autorità ad essa sotteso[10].

Tratto significativo di tali disposizioni è quello di rappresentare il naturale sviluppo, non solo del principio di uguaglianza ma, anche, del riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui svolge la sua personalità[11]. Questo aspetto era stato prontamente colto da C.M. Bianca che sottolineava come la concezione di «un'appartenenza» del figlio al genitore aveva risposto, fino ad allora, al modello di una struttura familiare «arbitrariamente diseguale» in sicuro contrasto con l'esigenza di riconoscere al minore pari ed integra dignità nell'ambito della comunità familiare[12].

Sotto la spinta dei principi costituzionali, il modello di famiglia-istituzione[13], cui era ispirato il codice del '42, viene, non senza resistenze[14],

[8] In generale A.C. Pelosi, *La patria potestà,* Milano, 1965*;* A. Bucciante, *La patria potestà nei suoi profili attuali,* Milano, 1971; S. Ciccarello, voce *Patria potestà (Diritto privato: legislazione previgente),* in *Enc. dir.,* XXXII, Milano, 1982.

[9] In tal senso A. Cicu, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, III, 2, Torino, 1969, p. 349.

[10] M. Bessone, *Crisi del principio di autorità, diritti della persona, tutela costituzionale del minore,* in *Giur. mer.*, I, 1976, p. 44 ss.

[11] Sul punto M. Bessone, Sub *Art. 30 Cost.*, in *Comm. cost. Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 94, che, con riferimento ai figli illegittimi, sottolinea l'esistenza di «un'odiosa logica di esonero dei genitori dalla responsabilità»; N. Sandulli, *Rapporti etico-sociali*, Sub *Artt. 29-31 Cost.*, in *Comm. dir. it. fam.*, Padova, 1992, p. 3 ss.; specificatamente v. C.M. Bianca, *La filiazione in generale*, in Aa. Vv., *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1967, p. 115 ss.

[12] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 12; cfr. altresì Id., voce *Famiglia (diritti di)* in *Nss. D. I.*, VII, Torino, 1961, p. 71 ss.

[13] In merito alla fase che ha preceduto e seguito l'emanazione del codice civile del 1942, v. P. Rescigno, *Rilettura del codice civile*, in Aa. Vv., *I Cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993 I, p. 9 ss.

[14] È noto il dibattito tra norme programmatiche e norme precettive che ha accompagnato l'entrata in vigore del testo costituzionale. Anche all'interno delle Corte costituzionale il percorso, che ha poi portato a contribuire al processo di emancipazione della famiglia, è avvenuto lentamente. Con riferimento alla distinzione tra titolarità e esercizio della patria potestà, la Corte costituzionale, in un primo tempo, metteva in evidenza l'esigenza di dare prevalenza alla volontà del padre, per garantire l'unità della famiglia, limite costituzionale all'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi: Corte cost., 8 luglio 1967, n. 102, in

gradatamente abbandonato. Non è un caso se nelle pagine di autorevole dottrina[15], edite negli anni '60, si legge ancora che è la stessa idea di famiglia a postulare che non può, «senza grave contraddizione», venire sconvolto l'ordine della sua composizione, che vede al vertice «un capo dotato di potere paragonabile all'esercizio di una sovranità».

In tal senso P. Rescigno, nella presentazione del volume *Le autorità private* evidenziava come l'aspetto più originale della riflessione di C.M. Bianca risiedeva proprio nel collegare il fenomeno delle autorità al principio costituzionale di uguaglianza sostanziale, considerato come limite non solo alla legge ordinaria ma anche come norma direttamente precettiva per i privati[16].

2. *Il declino del concetto di autorità nell'ambito dei rapporti familiari sullo sfondo dell'affermazione dei principi costituzionali e dei cambiamenti sociali*

Il cambiamento in campo giuridico, oltre che dal dibattito dottrinale[17] e dall'apporto fondamentale fornito dalla Corte costituzionale[18] è favorito dal mutato contesto sociale[19]. Si assiste, invero, nella società ad una crisi

Giur. cost., 1967, p. 1132 ss., con nota di F. Modugno il quale pone in rilievo la difficile sopravvivenza della patria potestà.

[15] A. Trabucchi, *Patria potestà e interventi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1961, p. 223; F. Santoro Passarelli, *Il Governo della famiglia,* in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 401. Per una ricostruzione ampia v. F. Ruscello, *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli,* Milano, 2006.

[16] P. Rescigno, *Presentazione* del volume di C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. XII; Id., *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Persona e comunità,* Bologna, 1966, p. 335 ss.

[17] La riforma è stata preceduta da un ampio dibattito che emerge dagli atti di alcuni Convegni che si sono tenuti in quegli anni: cfr. Aa. Vv., *La riforma del diritto di famiglia*, cit.; Aa. Vv., *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972; Aa. Vv., *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi,* Napoli, 1975.

[18] V. Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 126 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, l'art. 559 c.p., relativamente ai primi due commi, e poi Corte cost., 3 dicembre 1969, n. 147, che ha pronunziato l'illegittimità riguardo gli ultimi due, della disposizione che prevedeva il reato di adulterio della moglie, sanzionato con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena era punito il "correo dell'adultera"; era, altresì, prevista la reclusione, fino a due anni nel caso di relazione adulterina. v. anche Corte cost., 11 aprile 1969, n. 79 ; Corte Cost. 30 aprile 1973, n. 50; Corte cost., 27 marzo 1974, n. 82.

[19] P. Zatti, *Tradizione e innovazione del diritto di famiglia,* in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, I, 1, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, Milano, 2011, p. 31, che sostiene che l'immagine di un'educazione autoritaria, legata a valori predefiniti,

del concetto di "autorità" che raggiunge il culmine nel "Sessantotto" e si irradia, proprio partendo dall'istituzione-famiglia, a tutti i settori sociali. La funzione educativa, esercitata, fino ad allora, essenzialmente con metodi coercitivi e punitivi, viene indirizzata alla promozione del processo di maturazione dei figli, attraverso una strategia, fondata sulla comunicazione e il dialogo, che trova il suo substrato negli studi pedagogici affermatisi in quegli anni[20].

Sull'onda di questo mutato sentire sociale, si apre la felice stagione delle riforme degli anni settanta che, con riferimento alla famiglia, porta all'affermazione di un modello di "famiglia comunità"[21], in cui il minore da oggetto diviene soggetto di tutela e, coerentemente, viene approvata la riforma del 1975[22]. Quest'ultima - nel dare attuazione al principio di eguaglianza nell'ambito del rapporto coniugale ma, soprattutto, al principio della responsabilità dei genitori per il semplice fatto della procreazione, *ex* art. 30, c. 1, Cost. - sancisce il diritto-dovere dei genitori di mantenere istruire ed educare i figli, tenendo conto dei loro interessi e

non si scorge più nello specchio del diritto, mentre ne emerge l'immagine di un'educazione "emancipatrice ", in armonia con l'etimo stesso dell'*educere* in cui il potere serve allo scopo di rendere inutile sé stesso; M. Bessone, Sub *Art. 30 Cost.*, cit., p. 107 sottolinea come una previsione costituzionale che garantisce ai minori l'inviolabilità dei diritti fondamentali, nelle formazioni sociali dove si svolge la relativa personalità, esclude, in modo tassativo, autoritative imposizioni di modelli di comportamento, ideologie religiose, concezioni politiche accreditate nell'ambiente familiare.

[20] Negli anni '70 il libro di G. Ledda, *Padre padrone. L'educazione di un pastore,* Milano, 1975, che descrive l'educazione di un ragazzino sardo degli anni '50, racconta ancora, fino a quegli anni, il ruolo di subalternità del figlio all'autorità del padre, oggetto delle contestazioni giovanili del 1968; grande successo hanno ricevuto, negli stessi anni, anche le teorie del pediatra statunitense B. Spock che si possono leggere, diffusamente, nel saggio, *Baby and child care,* trad. it., *Il bambino - come si cura e come si alleva,* rist., Milano, 2005.

[21] Sull'accordo, come fondamento del nuovo modello di famiglia, v. P. Rescigno, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma,* in *Riv. dir. civ.,* 1998, I, p. 112; sul ruolo dell'autonomia privata, con particolare riferimento ai negozi giuridici familiari, A. Zoppini, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo,* in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 216 ss.

[22] Per una disamina, in generale, cfr. A.M. Finocchiaro, *Riforma del diritto di famiglia,* Milano, 1975-1979.

delle loro inclinazioni[23]. Come efficacemente evidenziato[24], la posizione di soggezione che, tradizionalmente, ha connotato lo *status* di figlio, nel passaggio alla potestà genitoriale aveva mutato referente normativo in quanto «l'officio educativo» assegnato al genitore, a differenza di ciò che fino ad allora si era verificato, diviene «funzionale all'eguaglianza del soggetto» che, versando in una situazione di inferiorità, si ritrova ad essere destinatario di una tutela rafforzata, diretta a salvaguardarne i diritti inviolabili e a promuoverne la personalità.

Il rispetto della volontà della prole, affermato dall'art. 147 c.c., cui si correla l'obbligo dei figli di rispettare, ma non più di "onorare", i genitori, di cui all'art 315 c.c., rappresenta valore fondante la disciplina del rapporto genitori-figli e favorisce, così, il tramonto della patria potestà[25].

L'attenuazione dell'uso indiscriminato dello *jus corrigendi*[26] e l'abrogazione dell'art. 319 c.c., relativo ai provvedimenti che i genitori potevano adottare, in caso di cattiva condotta del figlio, sono prova tangibile dell'inversione di tendenza attuata dalla riforma. Sotto il

[23] Diffusamente, sul tema P. Zatti, *Il diritto della filiazione: dal dominio dei modelli al problema degli interessi*, in A. Belvedere, C. Granelli (a cura di), *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma,* Padova, 1996; segnatamente di P. Rescigno, *La comunità familiare come formazione sociale,* in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano,* Torino, 2000, p. 348 ss., secondo cui la locuzione "società naturale" si pone come argine alla potestà legislativa in materia familiare.

[24] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 14 ss.

[25] A. Trabucchi, Sub *Artt. 147-148 c.c.*, in *Comm. dir. it. fam.*, cit., II, p. 538 ss.; A. Bucciante, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Tratt. Rescigno,* 4, Torino, 1982, p. 465 ss.; L. Ferri, Sub *Artt. 315-342*, *Potestà dei genitori,* in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna, 1988*;* A. Belvedere, voce *Potestà dei genitori*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990; M. Giorgianni, Sub *Artt. 315-318*, *Della potestà dei genitori*, in *Comm. dir. it. fam.,* IV, cit., p. 285 ss.; P. Vercellone, *La potestà dei genitori: funzione e limiti interni,* in G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *La filiazione*, II, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, 2002, p. 959 ss.; M. Sesta, *Il rapporto di filiazione*, in T. Auletta (a cura di), *Filiazione, adozione, alimenti*, IV, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2011, p. 3 ss.

[26] L'art. 319 c.c., abrogato con la l. 151/1975, riconosceva al padre il diritto di chiedere all'autorità giudiziaria la collocazione del figlio in un istituto di correzione, in caso di cattiva condotta. In chiave critica, sul reato di *Abuso dei mezzi di correzione, ex* art. 571 c.p., che prevedendo, come condizione obiettiva di punibilità, l'aver cagionato una malattia nel corpo e nella mente, si rivela poco efficace, in quanto esclude la punibilità di tutte quelle percosse, ingiurie minacce che non siano così gravi da provocare la situazione di pericolo sopraindicata, continuando a legittimare la violenza come strumento educativo v. M. Fortino, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole,* p. 390 s. Per scongiurare tale evenienza, la giurisprudenza ha ristretto sempre più l'ambito applicativo della disposizione, qualificando come *Maltrattamenti contro familiari e conviventi*, *ex* art. 572 c.p., forme di esercizio della funzione educativa, connotate da reiterate modalità afflittive: v. in tal senso Cass., 2 luglio 2012, n. 34978; Cass., 3 luglio 2017, n. 47299.

profilo patrimoniale viene meno, anche, il potere dei genitori, in quanto usufruttuari, di poter utilizzare, senza alcun controllo, i frutti dei beni personali dei figli. I provvedimenti sanzionatori, che vanno dall'intervento del giudice, in caso di disaccordo, all'allontanamento del genitore che abusa e la decadenza dalla potestà, segnano la quadratura del cerchio.

La famiglia diviene sede privilegiata per l'armonioso sviluppo del minore: lo *status* di genitore, dal lato interno, si concreta in un'attività di cura, istruzione ed educazione, in un'ottica promozionale, all'esterno, si traduce in un potere rappresentanza legale, legato alla situazione di incapacità in cui si trova il figlio[27]. Ne consegue, in ordine agli aspetti di carattere patrimoniale, il divieto per il genitore di ipotecare, dare in pegno i beni o contrarre mutui o obbligazioni, eccedenti l'ordinaria amministrazione, senza l'autorizzazione del giudice tutelare[28]. Il rapporto tra capacità dell'adulto e incapacità del minore, un tempo «inteso come un'alternativa netta e senza scampo, diviene ora più fluido e sfumato»[29].

Si afferma, così, il diritto all'ascolto del minore che, come è noto, ha trovato un riconoscimento nelle Convenzioni internazionali ed è stato recepito, progressivamente, nell'ordinamento italiano a partire dalla l. 149/2001, di riforma dell'adozione e dalle norme sul c.d. affido condiviso[30]. Il minore, raggiunta una certa età, è sempre più partecipe delle decisioni che lo riguardano ed, in particolare, nella legislazione speciale si amplia lo spazio di autonomia[31], in ordine a scelte che lo coinvolgono, fino ad arrivare, adesso,

[27] La distinzione tra profilo interno ed esterno della potestà si rinviene già negli studi di A.C. Pelosi, *La patria potestà*, cit., p. 85 s.; v. altresì M. Sesta, *Genitori e figli tra potestà e responsabilità*, in *Riv. dir. priv*., 2000, p. 219.

[28] Sull'autonomia negoziale v. G. Alpa, *I contratti dei minori*, in *Contratti*, 2004, I, p. 517 ss.

[29] Così G. Ferrando, *La filiazione - Note introduttive*, in *Filiazione e adozione,* III, cit., p. 13.

[30] Per un quadro generale sulle Convenzioni sovranazionali quali, per citarne alcune, la Dichiarazione Onu dei diritti del fanciullo del 1959, la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, sottoscritta a New York nel 1989, la Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993, la Convenzione di Strasburgo del 1996 cfr. G. Ferrando, *La filiazione - Note introduttive*, cit., p. 14 ss.; M. Mantovani, *I fondamenti della filiazione*, in G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *La filiazione*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, cit., p. 15 ss.

[31] Cfr. P. Vercellone, *Limiti esterni alla potestà: l'autonomia dell'adolescente,*in G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *La filiazione,* II, cit., p. 971 ss., per una disamina di varie ipotesi normative - in materia di interruzione volontaria della gravidanza, accesso ai consultori e ai servizi socio-sanitari, insegnamento della religione cattolica - in cui il minore è chiamato ad esprimersi su scelte che riguardano la propria persona. Anche la recente disciplina in materia di cd.biotestamento, recante le *Disposizioni anticipate di trattamento e in materia di consenso informato*, approvata in data 14 dicembre

anche alle decisioni che attengono al delicato problema del c.d. fine-vita.

3. *La responsabilità genitoriale fondata sul "diritto all'amore" e all'ascolto*

In questo quadro, completamente mutato, si inserisce la riforma che introduce lo stato unico di figlio che segna il definitivo passaggio dalla potestà genitoriale a quello della genitorialità responsabile[32].

L'art. 24 della Carta di Nizza ne aveva già tracciato le direttive sancendo, fra i diritti del bambino, quello a ricevere cure e protezione, funzionali al suo benessere, e il diritto a esprimere la propria opinione, che deve essere tenuta in considerazione, in funzione dell'età e della relativa capacità di discernimento. In particolare, centrale è quanto affermato nel c. 2 di tale disposizione, secondo cui in tutti gli atti che riguardano i minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore degli stessi, deve essere considerato preminente. Questa norma - che fa da sfondo alla disciplina esistente nei vari Paesi europei[33], in cui, pur se in

2017, prevede, all'art. 3, che l'eventuale consenso all'interruzione dei trattamenti sanitari, praticati su un minore, sia espresso dai genitori esercenti la responsabilità o dal tutore o dall'amministratore di sostegno "tenuto conto della volontà della persona minore". In dottrina, sulla necessità di una regolamentazione di una materia, così delicata, cfr. per tutti P. Zatti, *Principi e forme del "governo del corpo",* in Aa.Vv. (a cura di), *Il governo del corpo,* I, in *Tratt. biodir. Rodotà-Zatti*, I, 2011, p. 99 ss.

[32] Per la stesura della l. 219/2012 e del d. legisl. 154/2013, fondamentale il ruolo svolto dalla Commissione di studio per le questioni giuridiche afferenti la famiglia, presieduta dal Prof. C.M. Bianca. In generale v. C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015; M. Bianca (a cura di), *Filiazione - Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; M. Dogliotti, Sub *Artt. 250*-290, *La filiazione fuori dal matrimonio*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2015; A. Palazzo, *La filiazione,* in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2013; Id., *La riforma dello "status" di filiazione*, in *Riv. dir. civ.,* 2013, I, p. 245 ss.; L. Rossi carleo, *La famiglia dei figli*, in *Giur. it.,* 2014, p. 1262 ss.; G.F. Basini, *Lo stato di figlio*, in *Tratt. dir. fam. Bonilini*, IV, Torino, 2016, p. 3355 ss.; E. Al Mureden, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1266 ss.; U. Salanitro, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Giovanni Iudica,* Milano, 2014, p. 1253 ss.; M. Sesta, A. Arceri, *Genitorialità e famiglia nella recente evoluzione legislativa,* in Id., *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2016, p. 1 ss.

[33] L'Italia rimaneva isolata nel panorama europeo in quanto, nei principali Paesi, era stata eliminata quella distinzione che, ancora nel codice civile, formalmente, differenziava i figli a seconda delle circostanze in cui era venuto il concepimento, se in costanza di matrimonio o meno. Peraltro l'art. 21 della Carta di Nizza vieta qualunque forma di discriminazione fondata sulla nascita. In Germania, con la *Kinderschaftsrechtsreform,* sin dal 1997, è stata

tempi diversi, è stato ormai riconosciuto lo *status* unico di figlio - sospinge ad una revisione del sistema italiano[34], legato ad un *favor matrimonii* che, alla luce dell'evoluzione sociale, contrassegnata da un aumento delle famiglie di fatto, appare ormai anacronistico[35]. Così, l'eliminazione della distinzione tra figli legittimi e figli naturali - che determina la sparizione dal testo legislativo della parola "coniugi", in relazione al rapporto che lega i genitori ai figli - comporta una diversa qualificazione del ruolo giuridico dei genitori nei confronti dei figli: la potestà genitoriale diventa responsabilità genitoriale, scaturente dal mero fatto della procreazione[36]. Il cambiamento non è meramente letterale: racchiude e condensa quello che è lo spirito della riforma, ossia segnare il definitivo tramonto del rapporto verticistico tra genitori-figli, che si evolve in un rapporto in cui i genitori assumono quello che è stato definito «un ufficio privato» che si specifica «in poteri e doveri personali e patrimoniali»[37], da esercitare nell'interesse esclusivo del figlio.

Il genitore diviene responsabile dell'armonioso ed equilibrato sviluppo del minore: alla staticità del potere, sotteso alla potestà genitoriale - che

eliminata ogni differenziazione e, in Francia, l'uniformazione è avvenuta con l'*ordonnance* 4 luglio 2005, n. 759: per un'analisi in chiave comparata v. A. Diurni, *La filiazione nel quadro europeo*, in *Filiazione e adozione,* III, cit., p. 43. La Corte di Strasburgo aveva, da tempo, affermato l'uguaglianza tra tutti i figli: tra i primi casi, Corte EDU, 13 giugno 1979, c. 342, *Markx c. Belgio*, in *Foro it*, 1979; Corte EDU, 1 febbraio 2000, *Mazureck c. Francia*.

[34] M. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio,* in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 12 ss. Nonostante il contenuto, essenzialmente processuale, è significativo il fatto che il reg. UE 2201/2003, relativo alla competenza, riconoscimento esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di rapporti di filiazione, aveva usato la definizione di responsabilità genitoriale. Sul regolamento, M. Finocchiaro, *Responsabilità genitoriale: dall'1 marzo 2005 «va in soffitta» l'istituto della patria potestà*, in *Guida dir*., 2005, I, p. 9 ss.; M.G. Cubeddu, *Modifiche alle leggi speciali in tema di filiazione, Diritto internazionale privato*, in M. Bianca (a cura di), *Filiazione - Commento al decreto attuativo*, cit., p. 294 ss. In Spagna, con la ley 26/2015, si è affermata la *Responsabilidad parental,* come sinonimo della preesistente *patria potestad*, su cui v. H. Campuzano Tomè, *La responsabilidad parental Y su ejercicio en supuestos de falta de convivencia de los progenitores: regulacionactual del codigo civil y perspectivas de futuro,* in *Revista de Derecho Privado*, 2017, p. 3 ss.

[35] In dottrina l'esigenza di una revisione del sistema era stata prospettata, già da tempo, come si legge negli Atti del I convegno di Venezia promosso dalla Rivista di diritto civile, ove C.M. Bianca, *La filiazione in generale,* cit., p. 183, afferma che «l'equiparazione dello stato di figlio naturale allo stato di figlio legittimo» costituiva una delle «più pressanti esigenze morali che reclamano un mutamento della disciplina».

[36] A. Gorassini, *La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà,* in M. Bianca (a cura di), *Filiazione - Commento al decreto attuativo*, cit., p. 91 ss.

[37] C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.1. La famiglia,* Milano, 2014, p. 343.

rimaneva essenzialmente invariato, contrassegnato, come era, da un rapporto di sottomissione da parte del figlio, anche se lo stesso diveniva maggiorenne e contraeva matrimonio - si contrappone la dinamicità del rapporto connesso alla responsabilità.

L'ampiezza e la portata dei diritti e doveri del genitore mutano, gradatamente e parallelamente alla crescita del bambino. Ne consegue che, maggiore sarà la capacità di discernimento, meno invasivo dovrà essere il ruolo dei genitori che si tramuterà, da un'iniziale sostituzione nelle decisioni, ad un'attività di sostegno e guida nell'assumere comportamenti consapevoli. Non è un caso se, rispetto al previgente art. 316 c.c., non è individuata la soglia del raggiungimento della maggiore età o dell'emancipazione, come limite temporale, oltre il quale la potestà non poteva spingersi. La responsabilità, che grava sui genitori per il fatto della procreazione, non cessa al raggiungimento della capacità d'agire, ma si conforma alle mutate esigenze del nucleo familiare, accompagnando i figli in un ideale percorso di sostegno, destinato a non interrompersi.

Questo aspetto è intrinsecamente connesso a quelli che sono tre punti significativi della riforma: l'introduzione, *ex* artt. 147 e 315-*bis* c.c.[38], del diritto del figlio ad essere assistito moralmente, che si aggiunge ai tradizionali obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione; il riconoscimento, *ex* artt. 317-*bis* c.c. e 337-*ter* c.c., del diritto a intrattenere rapporti significativi con gli ascendenti; l'estensione generalizzata del diritto all'ascolto, di cui agli artt. 315-*bis*, c. 3 e 336-*bis* c.c.

In ordine al primo profilo, con un'espressione suggestiva, il diritto all'assistenza morale[39] è stato tradotto nel «diritto all'amore»[40], sentimento che sembrava escluso, almeno sotto il profilo giuridico, dal rapporto di soggezione e ubbidienza che contrassegnava la patria potestà e che era solo implicitamente sotteso al rapporto genitori-figli, delineato dalla riforma del 1975[41]. Ed è proprio questo amore, incondizionato, che determina una

[38] Sul ruolo dell'art. 147 c.c., a seguito delle modifiche introdotte dalla riforma, sono stati posti una serie di dubbi: v. A. Bellelli, *Una rilettura dei doveri del figlio nei confronti dei genitori,* in M. Bianca (a cura di), *Filiazione - Commento al decreto attuativo,* cit., p. 170, secondo cui la norma intende fissare un dovere imposto dal matrimonio a ciascun coniuge e non vuole essere la disciplina del rapporto genitori-figli all'interno della famiglia fondata sul matrimonio; in senso diverso G. Giacobbe, *Il nuovo art. 147*, ibidem, p. 109 ss.

[39] Così C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.1. La famiglia,* cit., p. 344; P. Spaziani, *Il diritto all'assistenza morale (art. 315-bis come inserito dall'art. 1, co. 8, l.n. 219/2012*), in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 67 ss.

[40] C.M. Bianca, *La filiazione,* in *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, cit., p. 335.

[41] Sul rilievo giuridico del fatto di sentimento v. A. Falzea, *Fatto di sentimento*, in *Studi*

correlazione continua tra genitore e figli, da cui scaturisce, come corollario indefettibile, il diritto a crescere nella propria famiglia.

Un diritto "all'amore" destinato ad estendersi, anche agli ascendenti, quei "nonni", non più patriarchi e titolari di un potere di forza anche sui nipoti, che il testo codicistico, limitato essenzialmente alla famiglia nucleare, aveva preso in considerazione solo in specifiche ipotesi riferite, ad esempio all'obbligazione alimentare, ai rapporti successori e poi all'affido condiviso[42].

Il terzo traguardo significativo raggiunto è il riconoscimento, di cui all'art. 336-*bis* c.c., del diritto del minore, che ha compiuto i dodici anni e anche di età inferiore, in relazione alla sua capacità di discernimento, ad essere ascoltato[43]: se il figlio da oggetto è diventato soggetto di diritti, è evidente che non può che assumere il ruolo di protagonista di tutte le vicende che lo coinvolgono, in conformità, come precedentemente evidenziato, a quanto statuito dall'art. 24 della Carta di Nizza.

Il legislatore è intervenuto, dunque, per ridisegnare il rapporto genitori-figli, individuando, da un verso, l'interesse del minore come preminente e, dall'altro, la responsabilità dei genitori, i cui obblighi sono delineati in funzione della realizzazione dello stesso. L'attuazione del disegno normativo è affidata, com'è ovvio, all'autonomia dei singoli all'interno di una famiglia sempre più privatizzata, in cui le modalità di attuazione degli obblighi sono, necessariamente, connesse a scelte, legate a condizioni personali, culturali, morali, economiche, che lasciano fuori dalle mura domestiche

in onore di Francesco Santoro-Passarelli, I, Napoli, 1972, p. 315 ss., poi in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, p. 436 ss.

[42] Già nel 2006, con la riforma sull'affidamento condiviso, era stato previsto il diritto del minore a conservare un rapporto significativo con gli ascendenti di ciascun ramo genitoriale, nel caso di separazione dei genitori v. C.M. Bianca, *Il diritto del minore "all'amore" dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 155 ss.; P. Sirena, *Il diritto dei figlio minorenne di crescere in famiglia,* in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 125 ss.; A. Morace Pinelli, *I provvedimenti riguardo ai figli (art. 337-ter.c.c.): le principali modifiche apportate dalla riforma,* ibidem, cit., p. 177 ss. Il diritto di matrice giurisprudenziale ha visto, più volte, gli ascendenti protagonisti di contenziosi giudiziari, che reclamano il diritto a mantenere rapporti significativi con i nipoti, in caso di separazione tra i genitori. Tuttavia, un decreto del Tribunale per i Minorenni di Venezia del 14 ottobre - 7 novembre 2016, ha ritenuto che non spetta loro un vero e proprio "diritto di visita", così come previsto per i genitori stessi, essendo sufficiente, la frequentazione con il nipote, quando questo si trova presso il genitore di riferimento. Si afferma che l'introduzione dell'art. 317-*bis* non avrebbe comportato alcuna innovazione sotto il profilo processuale e che, pertanto, l'azione degli ascendenti va ricondotta nell'alveo dei procedimenti di cui all'art. 333 c.c., rubricato "Condotta del genitore pregiudizievole ai figli".

[43] G. Ballarani, *L'ascolto nella riforma della filiazione*, in M. Bianca (a cura di), *Filiazione - Commento al decreto attuativo*, cit., 127 ss.

il legislatore. Ne consegue che il componimento degli interessi, anche opposti e contrastanti, accompagnato, a volte, da rinunce e sacrifici, avviene all'interno della famiglia, spesso quale esito di una dialettica tra i suoi componenti, in passato impensabile.

La responsabilità genitoriale acquista rilievo solo quando i conflitti interni si proiettano fuori dall'uscio di casa, pertanto, con riferimento ad ipotesi particolari che attengono, più che altro, alla "patologia del rapporto".

Alcuni aspetti fondamentali, che concorrono a definire il contenuto della responsabilità genitoriale, si delineano, pertanto, in relazione ai casi vagliati dalla giurisprudenza in materia. Ad esempio, la Suprema corte, nello stabilire i criteri in base ai quali va imputato ai genitori l'obbligo, *ex* art. 2048 c.c., del risarcimento del danno per gli atti illeciti compiuti dai figli minori ha, indirettamente, enucleato il perimetro della responsabilità genitoriale: essa consiste, in via prioritaria, nell'obbligo di svolgere adeguata attività formativa, impartendo ai figli l'educazione al rispetto delle regole della civile coesistenza, nei rapporti con il prossimo e nello svolgimento delle attività extrafamiliari[44]. Proprio il compito di fornire insegnamenti adeguati e sufficienti deve essere assolto, con maggior rigore, specifica la giurisprudenza, anche per effetto dell'anticipo, nel costume sociale, dell'emancipazione dal controllo genitoriale[45].

Se è vero che è sempre più anticipato il momento in cui i minori si allontanano dalla sorveglianza diretta dei genitori, è anche vero che l'obbligo di vigilanza degli stessi ha assunto contorni diversi, in relazione al quale è determinante il perdurare della coabitazione. Pertanto, per tutto il tempo in cui i figli coabitano con i genitori, sussiste l'obbligo di mantenerli e provvedere alla loro istruzione, anche dopo il conseguimento della maggiore età[46]. Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, i genitori devono

[44] V. G. Giacobbe, *Il nuovo art. 147*, in M. Bianca (a cura di), *Filiazione - Commento al decreto attuativo*, cit., p. 111, che sottolinea la diversità tra istruzione ed educazione: la prima, in quanto diretta a fornire cognizione tecnico-professionali, dovrebbe essere svolta essenzialmente dallo Stato, la seconda, orientata ad un sistema valoriale che consente la formazione etico-sociale della persona, sarebbe assegnata, prevalentemente, alla famiglia.

[45] Così Cass., 19 febbraio 2014, n. 3964, in *Guida dir.,* 2014, p. 77 secondo cui esiste «una sempre crescente e precoce emancipazione dei minori frutto del costume sociale» che, tuttavia, «non esclude né attenua la responsabilità che l'art. 2048 c.c. pone a carico dei genitori, i quali, proprio in ragione di tale precoce emancipazione, hanno l'onere di impartire ai figli l'educazione necessaria per non recare danni a terzi nella loro vita di relazione, dovendo rispondere delle carenze educative a cui l'illecito commesso dal figlio sia riconducibile» .

[46] Sulla base dell'art. 315-*bis*, c. 4, c.c. i figli hanno l'obbligo di apportare un contributo alla famiglia, in relazione alle proprie capacità, sostanze ed all'eventuale reddito percepito, finché convivono nella stessa. v. A. Bellelli, *Una rilettura dei doveri del figlio nei con-*

sostenere il figlio maggiorenne consentendogli di mantenere il percorso di studi, finalizzato al raggiungimento della posizione lavorativa cui aspira. In particolare, l'indipendenza economica della prole, può considerarsi raggiunta in presenza di un impiego tale da consentirle un'adeguata collocazione nel contesto economico-sociale di riferimento, con un reddito parametrato al livello di professionalità maturato[47].

4. Il diritto alla bigenitorialità nella crisi del rapporto di coppia

Se il compito dei genitori è difficile da regolare attraverso norme giuridiche dal contorno netto, ancora più complesso si rivela in presenza di una conflittualità fra gli stessi: al riguardo il legislatore ha previsto specifiche disposizioni, che sono dirette alla risoluzione di eventuali controversie tra genitori, che possono insorgere in merito all'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale o al mantenimento dei figli, *ex* artt. 316, co. 2, c.c. e 316-*bis* c.c., nonché una serie di rimedi, in caso di comportamenti pregiudizievoli dell'interesse della prole, *ex* artt. 330 e 333 c.c.[48].

fronti dei genitori, in M. Bianca (a cura di), *La filiazione - Commento al decreto attuativo,* cit., p. 141 ss.

[47] V. Cass., 27 giugno 2011, n. 14123; Cass., 8 febbraio 2012, n. 177; Cass., 12 aprile 2016, n. 7168. L'obbligo dal mantenimento non sussiste se il mancato raggiungimento dell'adeguata autosufficienza economica è imputabile a comportamento negligente del figlio maggiorenne che, ad esempio, abbia opposto un rifiuto ingiustificato alle opportunità di lavoro offerte, ovvero abbia dimostrato colpevole inerzia, prorogando il percorso di studi senza alcun rendimento v. in tal senso Cass., 19 settembre 2017, ord. n. 21615; Cass., 1 febbraio 2016, n. 1858, in *Fam. dir.*, 2017, con nota di M.S. Esposito, p. 134 ss., secondo cui, una volta venuti meno i presupposti del mantenimento, a seguito del raggiungimento della piena autosufficienza economica del figlio maggiorenne, «la sopravvenienza di circostanze ulteriori che determinano l'effetto di renderlo momentaneamente privo di sostentamento economico» non può far risorgere l'obbligo «potendo sussistere al massimo, in capo ai genitori, un obbligo alimentare»; in dottrina, per la normativa previgente, v. A. De Cupis, *Brevi considerazione sulla durata del mantenimento del figlio*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1967, p. 67 ss., che manifestava perplessità in ordine all'orientamento giurisprudenziale dell'epoca, che riteneva che l'obbligo del mantenimento del figlio, anche se minorenne, poteva cessare con il raggiungimento dell'autosufficienza economica; dopo la riforma del 1975 cfr. A. Natucci, *L'obbligo di mantenimento del figlio*, in M. De Cristofaro, A. Belvedere (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famigla e società*, Milano, 1980, p. 381 ss.

[48] In dottrina, in generale, M. Paradiso, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e perdita di alimenti e diritti successori (art. 448-bis),* in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 621 ss.; sul riparto di competenza nei procedimenti per la decadenza dalla responsabilità genitoriale cfr. Cass., 13 marzo 2017, ord. n. 6430, in *Fam. dir.*, 2017, con

Si tratta di casi in cui si registra un abuso della responsabilità genitoriale, un esercizio distorto di quei poteri che ruotano proprio intorno al profili più significativi della riforma prima segnalati: il c.d. diritto di amore che, come visto, si specifica, altresì, in un diritto del minore a conservare e mantenere rapporti significativi con entrambi i genitori ivi compresi gli ascendenti, cui si lega il diritto all'ascolto.

La capacità di essere genitori responsabili viene messa a dura prova nel momento in cui subentra una crisi della coppia[49]. In particolare diverse, in questo ambito, le pronunzie in merito alla c.d. Sindrome da alienazione parentale, espressione di un uso distorto dell'ufficio di genitore, ancorata all'idea del figlio inteso come "proprietà" esclusiva, in contrasto con il principio della c.d. bigenitorialità[50]. Il genitore, che instaura con il figlio un legame simbiotico e patologico, tale da escludere l'altro genitore o gli ascendenti, pone in essere un comportamento che può incidere negativamente sull'equilibrato sviluppo psico-fisico del minore[51]. In proposito, la Suprema

nota di F. Danovi, p. 505 ss., secondo cui, ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c., l'attrazione della competenza al giudice ordinario, innanzi al quale penda un giudizio di separazione e divorzio o un altro procedimento per l'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio, delle domande di limitazione o ablazione della responsabilità genitoriale, che sono di regola riservate al giudice minorile, non opera se quest'ultimo sia stato adito preventivamente; in senso conforme Cass., 13 settembre 2016, n. 17931, secondo cui lasciare la competenza al Tribunale per i minorenni appare una scelta rispettosa del principio della *perpetuatio jurisdictionis*, di cui all'art. 5 c.p.c., nonché coerente con ragioni di economia processuale e di tutela dell'interesse superiore del minore, che trovano fondamento nell'art. 111 Cost., nell'art. 8 CEDU e nell'art. 24 della Carta di Nizza.

[49] In generale S. Patti, M.G. Cubeddu (a cura di), *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006; M. Sesta, *Il rapporto genitori-figli nella famiglia unita e nella crisi,* in M. Sesta, A. Arceri, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli,* Milano, 2016, p. 85 ss.

[50] L'espressione «Sindrome di alienazione parentale» si deve agli studi dello pschiatra R. Gardner, *Recent trends, in divorce and custody litigation*, *Academy Forum 29* (1985), p. 3 ss.; sull'inquadramento di questo disturbo, tra le patologie riconosciute dalla scienza medica tuttavia, esistono una serie di dubbi, per una sintesi delle diverse opinioni cfr., in dottrina, M. Casonato, *Una situazione patologica controversa: l'alienazione parentale nei conflitti familiari*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 735 ss. In giurisprudenza v. Cass., 8 marzo 2013, n. 5847; ne hanno negato la scientificità Cass., 20 maggio 2013, n. 7041; Trib. Milano, 13 ottobre 2014.

[51] G. Ballarani, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affido condiviso, affido esclusivo, mutamenti,* in S. Patti, M.G. Cubeddu (a cura di), *L'affidamento condiviso*, cit., p. 52 ss.; v. Cass., 19 luglio 2016, n. 14728 secondo cui l'art. 337-*quater* c.c., riguardo l'affido ad un solo genitore, è finalizzato a ridurre al massimo i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare. All'interprete, al fine di assicurare il migliore sviluppo della personalità del minore, si richiede un giudizio prognostico, in ordine alla capacità del singolo genitore di crescere ed educare il figlio, da esprimersi sulla base di elementi concreti, attinenti alle modalità con cui ciascuno ha svolto il proprio ruolo, con particolare riguardo alla

corte[52] ha chiarito che la valutazione dell'idoneità genitoriale, deve avere ad oggetto anche la capacità di preservare una continuità nelle relazioni parentali con l'altro genitore, in quanto è solo tramite queste relazioni che si può garantire il diritto del figlio ad una crescita serena e armoniosa. Ne consegue che il giudice ha l'obbligo, attraverso i comuni mezzi di prova, ivi compreso l'ascolto del minore e, anche mediante il ricorso alle presunzioni, di accertare se vi sono comportamenti di un genitore che, in quanto ostile all'altro, impediscano un sano ed equilibrato rapporto.

Su tali aspetti, un rilievo significativo assumono alcune decisioni della Corte di Strasburgo con le quali è stata riscontrata la violazione dell'art. 8 CEDU, in tutti quei casi in cui le autorità giudiziarie hanno emanato misure del tutto "automatiche e stereotipate", inidonee a garantire il diritto alla c.d. bigenitorialità[53]. Secondo la Corte EDU, i provvedimenti giudiziari devono garantire interventi mirati che tengano conto della specificità del singolo caso. La tutela dei rapporti familiari ed affettivi, per essere concreta, va effettuata attivando metodologie di intervento che tutelino sia il genitore non collocatario che la prole, in modo da favorire il mantenimento di relazioni costanti nel tempo, anche in quei casi in cui uno dei due genitori, in genere quello con cui convivono, ostacoli tali rapporti. La risposta del sistema giudiziario deve essere efficiente, soprattutto nell'interesse della prole che, per un armonico sviluppo psico-fisico, ha bisogno di mantenere relazioni equilibrate, con entrambe le figure genitoriali. I giudici di Strasburgo sottolineano come il passare del

capacità di relazione; cfr., altresì, Cass., 12 giugno 2012, n. 9546, in *Dir. fam.,* 2012, 4, p. 1576 riguardo ad una fattispecie in cui l'affidamento esclusivo era stato disposto in considerazione del fatto che le esteriorizzazioni delle convinzioni religiose di uno dei genitori avevano determinato conseguenze pregiudizievoli per la prole, compromettendone la salute psico-fisica e lo sviluppo.

[52] Cass., 8 aprile 2016, n. 6919; Cass., 20 marzo 2013, n. 7041 .

[53] Corte EDU, 15 settembre 2016, ric. n. 43299/12, *Giorgioni c. Italia*. Il ricorrente sosteneva che, nonostante fossero stati emessi diversi provvedimenti giudiziari, con i quali veniva riconosciuto il suo diritto-dovere di visita della figlia e le relative modalità di esercizio, in concreto, tale rapporto non era stato tutelato, anzi era stato ostacolato dalle illegittime interferenze materne. Le autorità italiane non solo avrebbero dovuto espletare un controllo sul rispetto del suo diritto di visita, ma avrebbero dovuto adottare idonee misure positive per consentirgli di instaurare un rapporto parentale costante e significativo con la figlia. Stessi principi sono affermati da Corte EDU, 23 marzo 2017, ric. n. 71660/14, *Endrizzi c. Italia*: anche questa fattispecie era attinente alla violazione del diritto di visita alla prole e alla conseguente impossibilità di potere instaurare un rapporto genitoriale significativo con i figli, a causa dell'ingerenza dell'altro genitore. La Corte ribadisce che «la tutela del diritto della persona al rispetto della vita familiare impone che, laddove necessario, i servizi sociali debbano porre in essere un progetto di sostegno per aiutare gli *ex* coniugi a migliorare le rispettive capacità genitoriali».

tempo, senza che il rapporto tra genitori e figli possa esprimersi liberamente, determina il consolidamento di situazioni familiari disfunzionali, che possono provocare ricadute negative sui figli.

Aspetto fondamentale, soprattutto in questi casi, assume la volontà della prole, per comprenderne le esigenze e le aspirazioni e compiere scelte improntate al rispetto delle sue inclinazioni[54] ed, a tal fine, proprio nei giudizi in materia di affido, l'ascolto del minore assume carattere dirimente[55].

5. *Pluralizzazione dei modelli familiari e "genitorialità sociale"*

Il progressivo affermarsi di una pluralità di modelli familiari[56], che ha trovato un riconoscimento anche con l'introduzione della legge sulle

[54] Trib. Milano, 3 giugno 2016, in *Guida dir.,* 2016, 38, p. 51 secondo cui, in caso di contrasto tra gli *ex* coniugi, nell'esercizio della reciproca responsabilità genitoriale, la parola definitiva sull'autorizzazione compete al giudice della famiglia, ma il minore gode dell'incomprimibile diritto ad essere "ascoltato" in tutti i procedimenti che lo riguardino.
[55]Sulla rilevanza attribuita, dalla normativa nazionale ed internazionale, alla volontà del minore, in merito alla frequentazione con il genitore v. Cass, 2 febbraio 2017, n. 2270 che ha ritenuto che la volontà manifestata dal figlio, di non volere essere restituito al genitore, cui era stato arbitrariamente sottratto, anche qualora manchi ogni timore per l'incolumità psicofisica dello stesso, deve prevalere, sì da impedire la restituzione del minore, qualora il giudice accerti che il rifiuto di quest'ultimo rispecchi un suo ragionevole progetto esistenziale ed affettivo, sorretto da una costante, fortissima volizione ed adeguatamente motivato.
[56] S. Patti, *"Principio famiglia" e diritto europeo della famiglia*, in V. Scalisi (a cura di) *Il ruolo della civilistica italiana nel modello di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 461 ss.; S. Rodotà, *Presentazione*, in F. Grillini, M.R. Marella (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Napoli, 2001, p. XIV che sottolinea la polisemia dei termini sposarsi e famiglia un tempo connessi strettamente fra loro; V. Scalisi*, Studi sul diritto di famiglia*, Padova 2014, p. 23 ss., Id., «Famiglia» e «Famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ*., 2013, p. 7 ss.; Id., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima, Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, *ivi*, 2013, p. 1043 ss.; Id., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi. Parte seconda «Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea*, *ivi*, 2013, p. 1287 ss.; manifesta perplessità su quello che definisce il processo di «disintegrazione della famiglia» F.D. Busnelli*, Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti, ivi,* 2016, p. 1447 ss.; in chiave critica anche M. Paradiso*, Navigando nell'arcipelago familiare, Itaca non c'è, ivi*, 2016, p. 56 ss. che riprende la metafora dell'arcipelago familiare di F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, *ivi*, I, 2002, p. 509 ss.; M. Sesta, *Unioni civili e convivenze; dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1792 ss.; T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, p. 369 ss.

unioni civili e convivenze di fatto[57], ha comportato, altresì, la necessità di un adeguamento alla mutata realtà sociale, in cui la genitorialità può prescindere anche dal dato biologico.

È ciò che emerge, in maniera nitida, da quello che resta delle norme sulla procreazione medicalmente assistita che, pur prevedendo originariamente il divieto di fecondazione eterologa, poi demolito dalla scure della Corte costituzionale, sancisce che chi ha dato il consenso alla fecondazione eterologa della compagna non può esperire il disconoscimento della parternità[58]. Il divieto di uno *jus poenitendi* risiede proprio nella constatazione che genitore è colui che si è assunto la responsabilità della nascita di un bambino, indipendentemente dall'apporto biologico[59]. Nel

[57] Per un quadro generale sulla l. 76/2016 cfr. P. Rescigno, V. Cuffaro (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1771 ss.; M. Lupoi, C. Cecchella, V. Cianciolo, *Unioni civili e convivenze. Guida commentata* alla l. n. 76/2016, Rimini, 2016 e il numero monografico di *Fam. dir.,* n. 10, 2016, L. 20 maggio 2016, n. 76, *L'istituzione dell'unione civile fra persone dello stesso sesso, e la disciplina delle convivenze* ed i contributi ivi contenuti, p. 845 ss. V. altresì gli atti del Convegno *Modelli familiari e nuovo diritto,* tenutosi a Padova il 7/8 ottobre 2016, a partire dall'*Introduzione al Convegno* di P. Zatti, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1663 ss., in cui, in merito alla l. 76/2016, l'A. ricorre all'espressione di «minestrone normativo» per indicare l'articolo 1, composto da ben sessantanove commi, con il quale è stata dettata la disciplina in materia. In chiave critica v. M.R. Marella, *Qualche notazione sui possibili effetti simbolici e redistributivi della legge Cirinnà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 231 ss.

[58] Sull'impianto originario della l. 40/2004 v. M. Fortino (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita*, Torino, 2002 ed, in particolare, le perplessità ivi manifestaste sulla fecondazione eterologa da F.D. Busnelli, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, p. 67 ss.; sulla declaratoria d'incostituzionalità degli artt. 4, c. 3, 9, c. 1 e 3, limitatamente alla parte in cui si vietava e sanzionava la realizzazione di interventi di fecondazione eterologa v. Corte cost., 10 giugno 2014 n. 162, in *Eur. dir. priv.*, 2014, con nota di C. Castronovo, p. 1105 ss., in *Dir. fam. pers.*, 2014, con nota di L. D'Avack, p. 1005 ss., in *Foro it.,* 2014, I, con nota di G. Casaburi, c. 2324 ss., in *Resp. civ. prev.*, 2014, con nota di G. Berti de Marinis, p. 1716 ss.. Cfr., altresì, sulla decisione della Consulta A. Nicolussi, *Autonomia contrattuale e diritti della persona*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra (a cura di) *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 140 ss.

[59] Più in generale, sul disconoscimento della paternità v. Cass., 31 luglio 2015, n. 16222, in *Dir. fam.,* 2016, p. 119 secondo cui va erogato al figlio disconosciuto un congruo risarcimento, in via equitativa, per l'ingente danno non patrimoniale subito. Il disconoscimento di un figlio, dopo lungo tempo, priva il figlio della coscienza di sè, recidendo i suoi legami affettivi sorti e consolidatisi durante una vita, con assai scarse possibilità di recuperarne altri di pari valore. Secondo i giudici di legittimità, l'identità di una persona fisica, in tutte le sue componenti ed in tutti i suoi aspetti ed implicazioni, come tutti i diritti della personalità, si consolida e si rafforza con il passare del tempo: ne consegue che maggiore è il lasso di tempo intercorso tra il riconoscimento come figlio di una persona

celebre caso dello "scambio di provette", avvenuto nell'ospedale Pertini di Roma, la giurisprudenza parte proprio dalla riforma avviata nel 2012 che, nel sostituire al concetto di potestà genitoriale quello di responsabilità genitoriale, costituisce prova tangibile di come l'idea di famiglia «si sia andata sganciando dal dato biologico e genetico, divenendo sempre più il luogo degli affetti e della solidarietà reciproca. Ne consegue che, in alcuni casi, a prevalere è l'interesse del figlio alla stabilità del rapporto di filiazione sulla verità genetica o biologica del rapporto *de quo*»[60].

Stesso principio fa da sfondo alla copiosa giurisprudenza di merito e di legittimità che tenta di salvaguardare l'interesse del minore da forme di abuso dei poteri, racchiusi nella cornice della responsabilità genitoriale, poste in essere dal genitore biologico nei confronti del c.d. genitore sociale. Si tratta, a volte, anche di un genitore *same sex*, rispetto al quale gli interpreti hanno mostrato apertura statuendo che non esistono dati che consentano di affermare che la convivenza del minore con una coppia omofila e convivente, ingeneri una situazione di pericolo, a meno che non venga data prova certa che, in una determinata fattispecie, all'omosessualità della coppia si aggiungono seri e sicuri fatti e circostanze costituenti un reale, concreto pericolo per un sano e normale sviluppo psicofisico, morale ed educativo del minore[61].

e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, e maggiore e più grave è la lesione del diritto all'identità personale del figlio, diritto di rilevanza centrale nel nostro ordinamento (art. 2 Cost.) con riferimento ai valori fondamentali che tutelano la persona umana anche nei suoi rapporti personali, familiari e sociali.

[60] Trib. Roma, 20 agosto 2014, in *Dir. fam.*, 2015, p. 549 ss. e, successivamente, Trib. Roma, 10 maggio 2016, in cui si legge che è principio-cardine dell'ordinamento il dato che la maternità naturale è ancora oggi legata al fatto storico del parto; che il marito della gestante è padre, e non più genitore (presuntivo) del figlio concepito durante il matrimonio. Sulla base di tali premesse, il Tribunale ha respinto la richiesta di riconoscimento del diritto "di genitorialità biologica" sui nati, della coppia, i cui gameti erano stati erroneamente utilizzati per l'inseminazione in favore di un'altra coppia, ritenendo, nel caso specie, che i gemelli già nati avevano, con ogni probabilità, instaurato, sin dai primi giorni di vita, un significativo rapporto affettivo con entrambi i genitori, trovandosi già inseriti nella "loro" famiglia.

[61] Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in www.art.29.it in relazione alla possibilità di trascrivere nei registri dello stato civile di un Comune italiano l'atto di nascita, formato in Spagna e valido per il diritto spagnolo, di un bambino che risulta figlio di due donne (di cui una italiana) coniugate in quel Paese - ha sancito la trascrivibilità dello stesso, sottolineando che la valutazione della compatibilità della legislazione straniera con l'ordine pubblico va effettuata verificando che quest'ultima non «contrasti con la esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo». In particolare, l'interesse superiore del minore si traduce, secondo la Corte, nel diritto all'integrazione nella famiglia d'origine sin dalla nascita, alla continuità dei rapporti con i suoi familiari, alla correlazione tra diritto alla vita privata e

È stato, così, riconosciuto il diritto del minore a frequentare, anche dopo la rottura della convivenza, il partner omosessuale del genitore biologico[62], sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 337-*bis* e 337-*ter* c.c.. In particolare, la Corte costituzionale, ha, sottolineato come la previsione, contenuta nell'art. 333 c.c., svolge una funzione determinante nel caso in cui si verifichi un'arbitraria ed ingiustificata interruzione dei rapporti tra c.d. genitore sociale e minore, consentendo al giudice di adottare i provvedimenti più convenienti, qualora la posizione, assunta dal genitore biologico, sia pregiudizievole per l'armonioso sviluppo del bambino[63].

quello all'identità fisica e sociale v. Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Dir. fam.*, 2013, p. 515 ss. Il collegamento con il diritto all'identità è sottolineato da F. Giardina, *"Morte" della potestà e "capacità" del figlio,* in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1618; D. Ferrari, *Lo statuto giuridico dell'omogenitorialità in Italia e in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 111 ss.

[62]A complicare il quadro, come è noto, il fatto che l'art. 5 del progetto di legge originario sulle Unioni civili e convivenze di fatto, che prevedeva la possibilità di adottare il figlio da parte del convivente del genitore, non è stata riprodotto nel testo definitivo della l. 76/2016. Si erano espressi in senso favorevole alla disposizione, poi stralciata, B. Poliseno, M. Maglietta, *Stepchild adoption, al centro del dibattito tra diritti e legittimità*, in *Guida dir.*, p. 15 ss. La giurisprudenza di merito, ponendo al centro proprio l'interesse del minore, peraltro, aveva ammesso la c.d. *stepchild adoption*, già da prima dell'entrata in vigore della l. 76/2016, sulla base del presupposto che la valutazione del benessere psico-sociale dei membri del nucleo familiare non è legata tanto alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno. Cfr. Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015, in *www.articolo29.it*, con nota di A. Schillaci, App. Torino, 27 maggio 2016, n. 27, che ha riformato la decisione del Trib. min. Piemonte-Valle d'Aosta, dell'11 settembre 2015, nn. 258-259, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, con nota di A. Nocco, p. 205 ss.; Trib Roma 30 luglio 2014, n. 299, in 2014, in *Dir. fam.*, 2014, con nota di R. Carrano e M. Ponzani, p. 1533 ss., in *Nuova giur. civ. comm.,* 2015, con nota di J. Long, p. 117 ss., in *Fam. dir.*, 2015, con nota di M.G. Ruo, p. 580 ss. La decisione è stata confermata da App. Roma, 23 dicembre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, c. 699 ss.; App. Firenze, 4 ottobre 2012, n. 1274, in *www.cameraminorilefirenze.it*; Trib. Roma 30 dicembre 2015; Trib. Bologna, 10 novembre 2014, n. 4701, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2015, p. 387 ss. con nota di D. Ferrari. Dopo la l.76/2016 si sono registrati orientamenti contrastanti in giurisprudenza: si è espresso contro la *stepchild adoption* il Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, n. 261, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, con nota di G. Ferrando, p. 171 ss., in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, con nota di A. Astone, p. 305 ss. Successivamente, in senso favorevole v. App. Trento, 23 febbraio 2017. Ancora più in avanti sembra proiettarsi il Trib. min. Firenze, con una decisione del 7 marzo 2017, con la quale dichiara «di riconoscere ad ogni effetto in Italia», l'adozione legittimante di due bambini, pronunciata in Inghilterra, su istanza di una coppia *omo-sex*. Non si tratta più di riconoscere l'adozione del convivente omosessuale del genitore biologico del minore, ma di una vera e propria adozione piena di due bambini in stato di abbandono da parte di due uomini, privi di qualunque legame genetico con i minori.

[63] Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *www.personaedanno.it*, Ottobre 2016, con nota di V. Cianciolo: la fattispecie concreta concerneva una coppia di donne che, nel

6. *La risarcibilità dei danni connessi all'uso distorto dei poteri genitoriali*

Il graduale svuotamento della centralità del ruolo autoritativo del genitore ha costituito, come fin qui sottolineato, tratto centrale della disciplina, sin dalla riforma del 1975, determinando l'allentamento degli aspetti marcatamente sanzionatori del sistema previgente nel campo delle relazioni familiari.

L'autonomia e il rispetto della personalità dei singoli componenti il nucleo familiare hanno comportato la necessità di una normativa di mera cornice, che ben sembra essere sintetizzata nella celebre metafora di C.A. Jemolo sulla famiglia, come «isola, che il mare del diritto può lambire soltanto»[64].

Tuttavia, a partire dagli anni '90 si è assistito ad un'inversione di tendenza: sono proprio le stesse esigenze di salvaguardia dell'autonomia e del rispetto dei familiari a spingere verso l'intervento del diritto all'interno delle mura domestiche, attraverso l'applicazione di rimedi anche di tipo sanzionatorio, al fine di apprestare una tutela sostanziale e non meramente formale a tutti quei soggetti - coniuge, figli - spesso rimasti in una posizione di effettiva debolezza, nonostante la proclamazione della parità.

La realtà degli altri ordinamenti degli Stati europei[65] ha reso maturi i tempi per un intervento legislativo, nel settore civile, mirato a rafforzare la tutela del familiare debole.Si è avviato, così, un processo inverso di «giuridificazione» della famiglia[66] di cui uno dei tasselli è costituito dalla

corso della relazione sentimentale, aveva deciso di avere dei figli e una delle due ricorreva, così, alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in uno Stato estero, che si è conclusa con la procreazione di due gemelli. Intervenuta la fine del rapporto *same sex,* l'*ex* convivente del genitore biologico, che voleva mantenere rapporti con i figli dell'altra, proponeva ricorso, ai sensi dell'art. 737 c.p.c.; la Corte d'appello di Palermo, con ord. 31 agosto 2015, in *Fam. dir*., 2016, p. 40 ss., con nota di A. Ardizzone, in *Corr. giur.,* 2015, p. 1558 ss., con nota di S. Veronesi, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337-*ter* c.c., per conseguire una sentenza additiva, che estendesse la possibilità del minore di mantenere rapporti significativi anche con l'ex partner del genitore biologico. Tuttavia, la Corte costituzionale ha rigettato la questione ritenendo l'art. 333 c.c. già idoneo ad apprestare questo tipo di tutela.

[64] C.A. Jemolo, *La famiglia e il diritto,* in *Ann. Un. Catania*, VIII, Napoli, 1949, p. 57.

[65] Cfr. D. Henrich, *La tutela contro la violenza nella famiglia: la riforma tedesca*, in *Familia*, 2002, p. 765 ss.; A. Schwarz, *La tutela contro la violenza in famiglia nell'ordinamento austriaco*, in *Familia*, 2005, p. 537 ss.; H. D. Krause, D. Elrod, Garrison, T. Oldham, *Family law*, St. Paul, 1998, ed appendice di aggiornamento, 2000, p. 162 ss.

[66] V. Carbone, *La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani*, in *Familia*, 2006, p. 83 ss.

legge sugli ordini di protezione contro gli abusi familiari[67].

L'apparato rimediale, gradatamente introdotto, pur presentando un'impostazione completamente antitetica rispetto al passato, in quanto prevede l'intromissione dello Stato in una compagine familiare sempre più privatizzata, è, anch'esso indirizzato essenzialmente a difendere la dignità ed i diritti fondamentali del familiare, violati da un altro componente del nucleo domestico, assicurando, in tal modo, un ambiente al riparo da abusi e violenze.

Progressivamente, cade il velo che riparava i legami di sangue o, comunque, affettivi, che si istaurano fra i membri della famiglia, dalle mobili frontiere della responsabilità aquiliana, e si rendono maturi i tempi perché la Suprema Corte[68] apra le porte alla responsabilità extracontrattuale anche nell'ambito del rapporto familiare.

Le sofferenze subite da un coniuge a causa del comportamento dell'altro, o da un figlio o da un familiare, ad opera della condotta del genitore o di un prossimo congiunto, in passato spesso taciute nel nome del superiore interesse familiare, non possono più rimanere impunite. L'evoluzione del diritto di famiglia mostra, secondo i giudici di legittimità, che la dignità e la personalità di ogni componente il nucleo familiare assume i connotati di diritto inviolabile, la cui lesione da parte di un membro della famiglia, a tal riguardo equiparato ad un terzo, costituisce il presupposto logico della responsabilità civile. Non sarebbe, infatti, possibile che diritti, definiti inviolabili, ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari ed il responsabile del danno si trovino collocati o meno all'interno di un contesto familiare[69].

[67] In generale A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, Milano, 2003; M. Paladini (a cura di), *Gli abusi familiari*, Padova, 2009; segnatamente F. Cesari, *Le misure contro la violenza nelle relazioni familiari,* in M. Sesta (a cura di), *La responsabilità civile nelle relazioni familiari*, Torino, 2008, p. 697 ss.

[68] Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Dir. fam.,* 2005, p. 1181, con nota di A. Galizia Danovi, in *Corr. giur.*, 2005, con nota di G. De Marzo, p. 921 ss., in *Fam. dir.*, con note di M. Sesta e di G. Facci, p. 365 ss. I giudici di legittimità negano la presunta completezza della disciplina dei rapporti familiari e sottolineano la natura giuridica e non meramente morale dei diritti-doveri nascenti dal matrimonio; evidenziano come la separazione ed il divorzio non esaurirebbero la regolamentazione dei rapporti che si istaurano al momento della crisi coniugale ove, in concreto, si verifichino comportamenti che violano, non solo diritti riferiti allo *status* ma anche quelli riconducibili alla dignità ed all'integrità psico-fisica di ciascun coniuge. Trib. Palermo, 3 giugno 2016; Cass., 8 aprile 2016, n. 6833; Trib. Roma, 26 agosto 2014.

[69] Tra i primi saggi sul tema si segnala S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984; Id., *Famiglia e responsabilità civile, un lungo itinerario*, in M. Sesta (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008; v. anche P. Morozzo Della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità*?, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 605 ss.; Aa. Vv., *Famiglia e relazioni affettive*, in *Tratt. Cendon*, II, Padova, 2001, p.

Non è forse un caso che i segnali della segnalata inversione di tendenza si manifestano con riferimento all' ipotesi di danni, causati al figlio dal comportamento del genitore naturale, riconosciuto tale a seguito di dichiarazione giudiziale di paternità che, per anni, non aveva erogato allo stesso alcuna forma di mantenimento. La Suprema corte[70] ha affermato che una lettura congiunta degli artt. 2043 c.c. e 2 Cost., consente la risarcibilità di tutti i danni che siano conseguenza di atti o comportamenti che, almeno potenzialmente, ostacolino le attività realizzatrici della persona umana. L'indifferenza del genitore naturale è considerata, pertanto, un atto illecito, lesivo dei diritti fondamentali della persona, inerenti alla qualità di figlio, risarcibili indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la lesione può comportare[71].

1073 ss.; A. Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile,* Milano, 2003; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004; Id., *Doveri familiari e responsabilità civile, Rapporti personali e patrimoniali*, II, in *Tratt. Ferrando*, Bologna, 2008, p. 84 ss.; Id., *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile,* in *Tratt. Resp. Contr. Visintini,* I, Padova, 2009, p. 407 ss.; Id., *Dei fatti illeciti*, Sub *Art. 2043* c.c., in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009, p. 2161 ss.; F. Longo (a cura di), *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in *Tratt. Cendon,* Torino, 2004; R. Torino (a cura di), *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, Torino, 2004; R. Torino*, Illeciti tra familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, Milano, 2006; G. Cassano, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale - Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padova, 2006; Id., *La giurisprudenza degli illeciti nel diritto di famiglia,* Santarcangelo di Romagna, 2007; E. Camilleri, *I danni endofamiliari*, in R. Alessi, S. Mazzamuto, S. Mazzarese (a cura di), *Persona e diritto*, Milano, 2013; G.F. Basini, *Violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*, in *Tratt. dir. fam. Bonilini*, 1, II, cit., p. 921 ss.; per il rapporto tra abusi familiari e responsabilità A.G. Cianci, *Gli ordini di protezione familiare,* cit., p. 243 ss.

[70] Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno e resp.,* 2000, con note di P. G. Monateri, G. Ponzanelli, p. 835 ss., in *Giust. civ.,* 2000, I, p. 1352, in *Resp. civ. prev.*, 2000, con nota di P. Ziviv, p. 923, in *Fam. dir.*, 2001, con note di M. Dogliotti, M. Bona, c. 159 ss., in *Foro it.*, 2001, I, con nota di A. D'Adda, p. 187, in *Giur. it.*, p. 1352 ss.

[71] In particolare, proprio il settore del diritto di famiglia ha costituito terreno di elezione del danno esistenziale: v. Trib. Milano, 23 luglio 2014, in *Fam. dir.*, 2015, con nota di S. Veronesi, p. 43 ss. secondo cui subisce un danno non patrimoniale risarcibile, *ex* art. 2059 c.c., la figlia minore che, privata della figura genitoriale paterna, a causa del comportamento consapevolmente insensibile del padre, è costretta a condurre una vita carente delle molteplici attività realizzatrici della persona e dunque "qualitativamente" inferiore a quella che le sarebbe spettata in presenza di entrambe le figure genitoriali. La conseguente grave lesione è stata calcolata in via equitativa, tenendo conto delle tabelle elaborate dall'Osservatorio sulla giustizia civile relativamente alla voce "perdita definitiva del genitore", con un importo rideterminato tenendo conto della diversità di situazione, nella misura pari ad un quarto dell'importo minimo stabilito. In precedenza cfr. App. Firenze, 29 agosto 2007, in *Dir. fam.*, 2008, p. 1207 ss., secondo cui il danno subito

Nel condannare il genitore al risarcimento dei danni subiti dal figlio la giurisprudenza, indirettamente, perimetra il contorno minimo della responsabilità dei genitori, sottolineando che il padre naturale ha il dovere, ancor prima di un provvedimento giudiziario definitivo a suo carico, che accerti, oltre ogni ragionevole dubbio, la propria paternità, di adoperarsi spontaneamente in ogni modo per acclarare la propria qualità parentale. Sostanzialmente, al genitore si impone il dovere di attivarsi sotto il profilo formale e sostanziale per approfondire la veridicità delle pretese materne e filiali, mediante le analisi ematologiche disponibili, senza attendere, «per inerzia assai poco commendevole», la richiesta di un riconoscimento giudiziale[72]. Ne consegue che tale genitore ha, altresì, l'obbligo di mantenere, curare ed assistere il figlio ed, in caso di inadempimento, è tenuto a risarcirlo per il grave danno d'ordine personale, economico, familiare, sociale ed esistenziale subito, danno risarcibile, pur non sussistendo alcun reato, in via equitativa.

Inoltre, in caso di uso distorto della responsabilità genitoriale, che si concreti in gravi inadempienze «quanto all'esercizio della potestà» o di atti «che ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento o, più in generale, che arrechino pregiudizio al minore» si aggiungono le sanzioni di cui all'art. 709-*ter* c.p.c.[73], a carico del genitore responsabile di tali episodi

dal minore, per la privazione della frequentazione paterna, deve ritenersi sussistente in *re ipsa*, senza necessità di specifica istruttoria e Trib. Siena, 4 dicembre 2007, in *Dir. fam*., 2008, p. 714 che ha ritenuto che la violazione degli obblighi di assistenza familiare costituisce lesione di un dovere primario che è quello di non fare mancare al figlio naturale i mezzi di sussistenza, che è esigenza universalmente avvertita.

[72] Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Dir. fam.,* 2014, p. 605 ss., secondo cui , ritenuto che, *ex* artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., *ex* artt. 147 e 148 c.c., *ex* art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nonché ai sensi della convenzione di New York del 1989, ogni figlio ha diritto di essere mantenuto, curato ed assistito dai genitori, diritto sorgente fin dalla nascita e discendente dal mero fatto della procreazione, la violazione dei doveri di istruzione, educazione e mantenimento nonché il mancato riconoscimento del figlio procreato da genitori, non uniti tra loro da vincolo matrimoniale, può costituire lesione di fondamentali diritti della persona, con conseguente responsabilità, non solo patrimoniale ma anche non patrimoniale v. altresì Trib. Modena, 20 febbraio 2015.

[73] I provvedimenti di cui all'art. 709-*ter* c.p. c., sono connotati sia da una funzione sanzionatoria che di dissuasione indiretta, per conseguire la cessazione dell'inadempimento degli obblighi familiari, e possono applicarsi anche d'ufficio. In particolare, sul risarcimento del danno, previsto ai punti 2 e 3, della sopracitata disposizione v. M. Sesta, *La violazione della modalità di affidamento e i rimedi di cui all'art. 709-ter c.p. c.,* in Aa. Vv., *Liber amicorum per Dieter Henrich. Famiglia e successioni*, Torino, 2012, p. 84 ss.; ci sia consentito il richiamo anche ad A. Astone, *L'art. 709-ter c.p.c. un riconoscimento normativo della funzione punitiva della responsabilità*?, in M. Fortino, *I danni ingiusti alla persona*, in *Tratt. dir. priv. Alpa-Patti*, cit., p. 317 ss.. In giurisprudenza v. Trib. Roma, 11 ottobre 2016 che ha condannato al risarcimento dei danni il genitore collocatario

tra cui, come è noto, rientra anche il risarcimento del danno.

In definitiva è, ormai, consolidato l'orientamento secondo cui lo *status* di coniuge o di figlio non può comportare una *deminutio* della tutela di quei diritti fondamentali della persona, che non possono più essere calpestati, come in passato, sulla base di un astratto superiore interesse all'unità della famiglia[74].

E, prima ancora che le S.U. ponessero il filtro della serietà della lesione e della gravità dell'offesa, per arginare l'espansione dei c.d. danni bagatellari[75], proprio in tema di illecito endo-familiare i giudici di legittimità[76] hanno escluso che possano trovare ristoro richieste risarcitorie basate su «comportamenti di minima efficacia lesiva, suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza»[77].

che, con la sua condotta, ostacola il concreto funzionamento del regime di affidamento condiviso, con atteggiamenti sminuenti e denigratori della figura dell'altro genitore, non collocatario.Sui danni punitivi e la compatibilità di una sentenza straniera di condanna al pagamento degli stessi, con l'ordine pubblico nazionale, *ex* art. 64 l. 218/1995, v. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e resp.,* 2017, con note di M.E. La Torre, G. Corsi, G. Ponzanelli, P.G. Monateri, p. 419 ss.

[74] Il riferimento è a Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 269724, 26975 . Sulle sentenze la bibliografia è ampia, cfr., per tutti, F.D. Busnelli, Spatti, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, p. 105 ss., in cui è richiamata la nota definizione di "sentenze di San Martino", coniata da F.D. Busnelli. Le Sezioni Unite affermano il principio secondo cui secondo cui nell'ambito della categoria generale "danno non patrimoniale," non possono crearsi distinte sottocategorie. Assumono rilevanza, pertanto, soltanto quelle fattispecie, già determinate dalla legge o definite, in via giurisprudenziale, sulla base di diritti inviolabili della persona costituzionalmente protetti, la cui lesione costituisce il danno non patrimoniale risarcibile. Non avrebbe, quindi, secondo, alcuna ragion d'essere la categoria del danno esistenziale, elaborata per supplire ad una carenza di tutela che, ormai, sarebbe stata colmata.

[75] Come è noto non sono mancate critiche, in dottrina, al modello risarcitorio centrato sul danno esistenziale, che consentirebbe, anche di tributare rilievo a pregiudizi futili o irrisori. Tra gli "antiesistenzialisti" cfr. G. Ponzanelli, *Non c'è bisogno del danno esistenziale,* nota a Trib. Bergamo, 24 febbraio 2003, in *Danno e resp.,* 2003, p. 547; Id., *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.,* 2000, p. 693 ss.; Id., *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale,* Padova, 2007; Id., (a cura di), *Critica del danno esistenziale,* Padova, 2003; E. Navarretta, *Il danno esistenziale risarcito ex art. 2059 c.c. e l'adeguamento della norma alla Costituzione*, in *Resp. civ. prev.,* 2003, p. 190 ss.; F.D. Busnelli, *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno e resp.,* 2003, p. 237; F. Gazzoni, *Alla ricerca della felicità perduta (psico favola fantagiuridica sullo psico danno psico esistenziale)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, p. 691.

[76] Cass. civ., 10 maggio 2005, n. 9801.

[77] Le stesse Sez. Un., della Suprema corte, con le sentenze dell'11 novembre 2008, specificano che tra i diritti inviolabili della persona, che possono legittimare il risarcimento

7. *La difficoltà di regolazione del complesso intreccio tra autonomia privata e obblighi giuridici che compongono la responsabilità dei genitori*

Dall'evoluzione sopra descritta e dal quadro normativo e giurisprudenziale vigente, emerge che non si chiede tanto che i genitori abdichino all'esercizio di quei poteri di indirizzo e di controllo sull'attività dei figli, che concorrono a comporre la responsabilità genitoriale, ma che i limiti siano individuati nel rispetto dei diritti della prole. Rinvenire un punto di equilibrio nel bilanciamento tra "l'autorità di diritto" che i genitori sono deputati ad esercitare e il rispetto della personalità dei figli costituisce un risultato che, non sempre, appare concretizzabile; certamente, tutto era meno complesso quando nessun bilanciamento si richiedeva ai genitori, in quanto la loro posizione era, completamente, sbilanciata sul polo del potere.

Si delinea, ancora una volta, come in tutti i casi in cui gli obblighi giuridici si intrecciano con i sentimenti, le scelte, la vita che si svolge all'interno dell'abitazione familiare, una difficoltà di regolazione da parte del diritto.

Un unico aspetto, almeno sotto il profilo giuridico, sembra emergere nitidamente: le scelte che il genitore è chiamato a compiere devono essere funzionali a realizzare il migliore interesse del figlio, che si pone, come ha ben sintetizzato la Suprema corte, da un verso, come chiave interpretativa e, dall'altro, come limite invalicabile delle norme in materia di filiazione[78].

Ma, nonostante i notevoli progressi, raggiunti nel settore della famiglia, il sistema non appare del tutto scevro da insidie.

Se, come precedentemente sottolineato, la patria potestà era stata congegnata con uno schema che rispecchiava il diritto di proprietà, ora sembra che questo diritto sia sempre più soggetto ad interventi espropriativi, funzionali all'interesse del minore.

Il caso *Gard and Others c. United Kingdom* è emblematico: nel nome del *best interest of the child* i giudici di Strasburgo hanno confermato la legittimità dell'ordinanza della *Supreme Court* del Regno Unito che dichiarava inammissibile il ricorso dei genitori di un bambino, affetto da una grave patologia, avverso la decisione della *Court of Appeal* che autorizzava i sanitari ad interrompere i trattamenti di sostegno vitale[79]. I genitori, ritenendo

del danno non patrimoniale, vi sono quelli della famiglia. v. G. Facci, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle S.U. dell'11.11.2008,* in *Fam. dir*., 2009, p. 113 ss.

[78] Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, I, p. 1135 ss., con nota di G. Ferrando, in *Giur. it.*, 2016, con note di A. Spadafora e di I. Rivera, p. 2573.

[79] Corte EDU, 28 giugno 2017, ric. n. 39793/17, *Gard and Others c. United Kingdom:* i

di aver subito un'indebita interferenza nella loro vita privata e familiare, in violazione dell'art. 8 CEDU, hanno adito la Corte europea dei diritti umani che, invece, non ha accolto le motivazioni del ricorso, rinvenendo l'esistenza, in atto, di un vero e proprio accanimento terapeutico, in contrasto con il superiore interesse del minore.

Questa vicenda, conclusasi con un epilogo tragico, ha posto in rilievo come siano cambiati definitivamente i connotati del rapporto genitori-figli. Basti pensare al diritto romano, ove la locuzione latina *vitae necisque potestas*, identificava uno dei contenuti della *patria potestas*, in virtù della quale il *pater familias* era detentore del diritto di vita e di morte sulla moglie, i figli e su tutti coloro che erano soggetti al suo potere. Oggi i genitori danno la vita ma è l'interesse del bambino a direzionare il corso[80].

Il caso sopraindicato riguarda un'ipotesi complessa ed estrema, con tutte le difficoltà ad essa sottese ma, anche in quella che è la "fisiologia" del rapporto genitori-figli si evidenzia un ulteriore aspetto critico che merita di essere segnalato. L'analisi sociologica si concentra su quel particolare fenomeno definito "famiglia lunga" che identifica quei nuclei familiari, composti da generazioni diverse di persone adulte, contrassegnati da figli che restano in famiglia *sine die*. Questa situazione, unita ad altre e diverse cause, provoca un ritardo nell'assunzione di quei ruoli e quelle responsabilità che caratterizzano l'età adulta[81].

giudici di Strasburgo si pronunciano sull'ordinanza della *Supreme Court*, 8 giugno 2017, del Regno Unito che dichiarava inammissibile il ricorso dei genitori del bambino inglese Charlie Gard, affetto da una patologia mitocondriale, avverso la decisione della *Court of Appeal* del 23 marzo 2017, con la quale si autorizzava l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale e l'avvio della terapia palliativa. Sono stati i medici del *Great hospital* a rivolgersi al tribunale per chiedere di essere autorizzati a interrompere i trattamenti sanitari che tenevano in vita il piccolo, che non era in grado di esprimere alcuna volontà. L'Alta Corte di Londra ha accolto la richiesta dei medici «con grande sofferenza ma nella piena convinzione che questo fosse il migliore l'interesse del bambino», così come dichiarato dal giudice N. Francis.

[80] Sulla «tirannia» assunta, in alcuni casi, dal valore dell'interesse del minore e sul suo uso, a volte, in chiave retorica, E. Lamarque, *Prima i bambini. il principio del best interest of the child nela prospettiva costituzionale*, Milano-Roma, 2016, p. 64 ss.

[81] Nell'attuale era post-moderna la generazione dei c.d. nati liquidi, celebre definizione di Z. Bauman che è condensata anche nel titolo della sua ultima opera, pubblicata postuma, a cura di T. Leoncini, *Nati liquidi - Trasformazioni nel terzo millennio,* Milano, 2017, p. 97, sembra avere ribaltato i canoni tradizionali in cui il genitore era il soggetto forte del rapporto. Il modello di educazione, generalmente in atto, fondato sulla tolleranza e la confidenza con i figli, spesso senza scontri, sotto il profilo pedagogico, è ormai messo in discussione. Su tali temi è incentrato, diffusamente, il volume di C. Saraceno, *L'equivoco della famiglia*, Roma-Bari, 2017. Suggestiva l'immagine della «famiglia nello specchio del diritto» tratteggiata da P. Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., p. 3

Nel ciclo della vita umana si ripropone, così, in modo continuo, quell'incessante dialettica tra autorità e libertà che, in generale, contrassegna l'intero ambito dei rapporti tra privati e ordinamento, cui il rapporto genitori-figli[82] non è mai sfuggito nel corso dei secoli. Tanto che il dilemma, che contrassegna la vita del genitore, in merito alla correttezza ed efficacia delle scelte e degli insegnamenti impartiti al figlio, sembra ben riassunto, con rilevante attualità, in un dialogo, contenuto in una commedia scritta da Terenzio, "Adelphoe", il cui filo conduttore è rappresentato, proprio, dal problema della scelta del metodo migliore per educare i figli: quello autoritario o quello basato sulla libertà. "Il compito del padre" si legge "è abituare il figlio a comportarsi secondo la sua volontà e non per timore degli altri. Questa è la differenza tra un padre e un padrone"[83] che, tradotto in chiave moderna, significa insegnare ad un figlio a divenire un adulto responsabile ed autonomo.

Compito difficile, affidato essenzialmente ai modelli ideali, morali, culturali dei genitori, rispetto a cui gli obblighi e le responsabilità, previsti dal diritto, potranno avere, ed hanno avuto, un'incidenza promozionale e, in alcuni casi, punitiva, ma difficilmente impositiva.

ss. Il binomio esistente tra la disciplina della famiglia e l'evoluzione sociale è evidenziato, altresì, da A. Zoppini, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo,* cit., p. 224 secondo cui «nell'evoluzione dogmatica del diritto di famiglia e nel ripensamento dei modelli normativi è agevole riconoscere le profonde trasformazioni sociologiche che investono il sistema delle relazioni familiari» che hanno condotto a porre in discussione "l'idealtypus" di famiglia, delineato dal legislatore degli anni settanta, rappresentato dalla famiglia nucleare.

[82] Il tema è stato indagato da S. Pugliatti, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366 ss.; cfr. altresì P. Rescigno, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio,* in *Familia*, I, 2004, p. 438 ss.

[83] *Adelphoe*, "I fratelli", atto I, scena I, di cui è autore Publio Terenzio Afro (160 a. C.): il protagonista è Démea, che ha due figli, Eschino e Ctesifone: il primo è educato dal fratello Micione, in modo aperto e liberale, mentre il secondo da Demea, con autorità, in conformità ai principi del *mos maiorum*.

Gianni Ballarani

Contenuti e limiti alla autonomia privata in ambito familiare tra sussidiarietà ed esigenze di tutela degli interessi dei soggetti deboli

Sommario: 1. Prologo – 2. La tesi – 3. La conseguenza: il bivio fra eteronomia ordinamentale e autonomia privata – 4. Il dato: la sufficienza dell'autonomia privata – 5. L'analisi: il contesto del diritto matrimoniale – 6. La mutata dimensione rimediale – 7. La posizione intermedia delle unioni civili – 8. La permeabilità bidirezionale tra matrimonio e unioni civili – 9. La contrattualizzazione delle relazioni affettive – 10. L'elemento di rottura: il contratto di convivenza – 11. L'affermata sufficienza dell'autonomia privata – 12. La sintesi – 13. L'ipotesi: la proposta di un modello unitario – 14. Il pregio dell'ipotesi: oltre i rapporti di coppia – 15. Il differente profilo rimediale – 16. Il limite all'autonomia privata: il superiore interesse del minore – 17. Epilogo.

1. *Prologo*

La coerenza degli istituti che compongono un sottosistema normativo si riflette tanto all'esterno, dovendo questi confrontarsi col contesto sociale che giustifica l'assetto dei parametri regolativi posti, quanto all'interno, dovendo i medesimi corrispondere ai principi sostanziali e formali a fondamento, non solo del sottosistema stesso, quanto del più ampio sistema normativo che lo contiene. Il variare del contesto sociale può ben determinare, per un verso, una ridefinizione delle regole che governano un istituto e, per altro verso, il sorgere di istituti nuovi, dandosi con ciò rilevanza giuridica a situazioni in cui emergono interessi che, siccome ritenuti meritevoli di protezione normativa, vengono per tal via accolti in situazioni giuridiche soggettive al fine di modularne gli effetti.

In questi casi, le nuove regole e i nuovi istituti non possono però sottrarsi al vaglio di coerenza con il sottosistema originario e con il sistema che lo contiene, in quanto ogni intervento modificativo o integrativo, incidendo sull'intera struttura, determina uno sbilanciamento rispetto all'asse portante suo proprio che non può non essere considerato ai fini della stabile tenuta

dell'insieme.

In questo senso, la coerenza rappresenta una sorta di (invisibile) linea di confine, superata la quale il sottosistema vacilla o implode, a seconda del tipo e della qualità di ogni singolo intervento, nonché del numero di interventi che nel tempo si susseguono; il tutto a prescindere dalla rispondenza ai parametri costituzionali ed europei dei singoli interventi che, in ogni caso, ben può essere rispettata o comunque argomentata.

Ebbene, con riguardo al sottosistema del diritto matrimoniale della famiglia, questa linea di confine sembra prossima ad un inesorabile, irreversibile e definitivo superamento, rendendo presumibilmente necessaria in un futuro prossimo una vera e propria nuova codificazione della materia[1], rispetto alla quale queste brevi riflessioni si vorrebbero orientare, non per proporre soluzioni, bensì per porre il problema, nella romantica e utopistica speranza di poterlo scongiurare.

Il lavoro - simolato da una recente rilettura di un'opera di chi[2] ha l'indubbio pregio di consegnarci pensieri che superano la contingenza dell'impulso creativo per rimanere nella loro immutata attualità fonte continua di ispirazioni e di riflessioni - muove, pertanto, dal tentativo di fotografare sotto una diversa angolazione il diritto delle "relazioni affettive" come risultante dalla stratificazione degli interventi normativi in materia, proponendone una chiave di lettura differente e una ipotesi ricostruttiva delle possibili ricadute di sistema[3].

2. *La tesi*

I presupposti per il definitivo superamento della linea di confine cui s'è fatto cenno, ritengo si siano realizzati nel quadro della moltiplicazione dei modelli giuridici familiari operata con la l. 76/2016, a seguito della correlata scelta (assunta nella presumibile inconsapevolezza della

[1] L'esigenza di una rimeditazione dei parametri fondativi del sistema civilistico appare, del resto, di notevole attualità, come dimostrato dal Convegno di Studi "*Un* fitness check *per il codice civile italiano. Verso una ricodificazione?*", organizzato da Pietro Sirena e svoltosi alla Università Bocconi il 23 gennaio 2018.

[2] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977.

[3] Il presente lavoro si propone in continuità con la tesi sostenuta in G. Ballarani, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, Napoli, 2018, alla luce delle prime riflessioni sulla l. 76/2016, svolte in Id., *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 623 ss.

conseguente eterogenesi dei fini), di ripartire il piano normativo dei rapporti familiari in due contrapposti sistemi: quello pubblicamente formalizzato (che accomuna matrimonio e unioni civili) e quello privatamente costituito (stabili convivenze affettive etero e omosessuali, contrattualizzate e non).

Lo spettro delle relazioni da regolare giuridicamente poteva ritenersi, infatti, esaurito, alternativamente, predisponendo un quadro di regole per i rapporti affettivi omosessuali[4], ovvero disponendo in ordine alle relazioni affettive fra conviventi a prescindere dal sesso.

Per converso, il legislatore ha deciso di intervenire su entrambi i fronti con quel differente approccio che motiva la proposta riflessione, ad un tempo creando il modello para-coniugale delle unioni civili e trasponendo dal piano del fatto a quello del diritto le libere convivenze etero ed omo sessuali.

La moltiplicazione dei modelli giuridici per la costituzione e la gestione dei rapporti affettivi e, soprattutto, il riparto fra modelli a costituzione pubblica e modelli a costituzione privata, determinando una paradossale dicotomia nell'oscillare tra aperture alla autonomia privata in un'ottica di *deregulierung*[5] e contrapposte affermazioni di eteronomia ordinamentale, appare, invero, intrinsecamente insostenibile, non tanto - o non soltanto - per l'economia degli strumenti giuridici, quanto piuttosto per una esigenza di recupero alla coerenza sua propria del sistema, in quanto tutte queste situazioni sono oggi indiscutibilmente accomunate in modo drammaticamente indistinto sul terreno del diritto dalla assunta rilevanza della "causa" affettiva estesa oltre la forma coniugale sino a ricomprendere ogni sorta di stabile relazione.

[4] Al riguardo, occorre precisare come, sebbene il binario parallelo creato per le unioni civili rimanga comunque argomentabile in punto di diritto per l'ancoraggio costituzionale agli artt. 2 e 3, che consente di affermare la (astratta) indipendenza costituzionale della famiglia coniugale in forza della esclusività dell'art. 29 Cost., deve, del pari, considerarsi come detta norma non possa non estendersi agli uniti civilmente e, conseguentemente, venga meno ogni riserva costituzionale ad esclusivo appannaggio della sola famiglia coniugale; sicché dei due paradossi l'uno: o abbiamo assistito all'abrogazione implicita da parte di una legge ordinaria dello Stato di una norma costituzionale, dovendosi considerare l'art. 29 *sic et simpliciter* lettera morta; o, per converso, abbiamo assistito alla modificazione implicita da parte di una legge ordinaria dello Stato della norma costituzionale: cfr. al riguardo, le argomentazioni in G. Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, cit., p. 623 ss.

[5] F.D. Busnelli, M.C. Vitucci, *Frantumi europei del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 767 ss., spec. p. 771.

3. *La conseguenza: il bivio fra eteronomia ordinamentale e autonomia privata*

La necessità di risolvere questa dicotomica oscillazione credo sarà la vera sfida che la scienza giuridica (non solo italiana ma anche europea) sarà chiamata ad affrontare e risolvere in un futuro prossimo, posta com'è innanzi al bivio fra ritenere indispensabile l'intervento pubblico sia nella fase costitutiva delle relazioni affettive sia in quella estintiva, ovvero il dare pieno ed esclusivo seguito all'aver affermato in punto di formante normativo la sufficienza dell'autonomia privata ai fini della costituzione, della regolamentazione e della estinzione delle relazioni affettive in genere.

Qualora ci si dovesse orientare verso la prima direzione - che, per quanto auspicabile, pare ormai difficilmente percorribile in ragione della irreversibilità della attribuzione di situazioni giuridiche soggettive - a ciò seguirebbe la conseguente compressione massima dell'autonomia privata, tornando a (dover) ritenere indisponibile la maggior parte delle situazioni giuridiche che sorgono con la certificazione pubblica delle unioni (coniugali e civili) e con un conseguente ritorno all'irrilevanza giuridica delle situazioni di fatto[6].

Volendosi ritenere imprescindibile, infatti, secondo tradizione, il "crisma" laico della formalizzazione dei rapporti che chiama in causa la "celebrazione"[7] nello scambio dei consensi innanzi all'ufficiale di stato civile e l'intervento pubblico (ormai parziale e solamente eventuale) nello scioglimento del rapporto, si dovrà, conseguentemente, ritenere (come del resto sarebbe dovuto essere) frutto di libera scelta il convivere senza formalità e il correlato rifiuto di ogni effetto giuridico che, per converso, seguirà il solo innalzamento sul piano della rilevanza giuridica del rapporto, reso attraverso le vie (matrimonio o unione civile) normativamente previste (fin tanto che queste non confluiranno eventualmente in una unica, come, del resto, è accaduto in Germania); sicché ogni ingerenza da parte dello Stato in queste realtà che volutamente rimarrebbero di fatto, dunque non di diritto, non

[6] Ciò comporterebbe il tornare ad inquadrare quanto spontaneamente prestato dalle parti di questi rapporti entro l'alveo delle obbligazioni naturali e qui il problema della irreversibilità della attribuzione di situazioni giuridiche soggettive: in proposito, cfr. A. Spadafora, *Lo* status *coniugale e gli* status *paraconiugali tra legge e autonomia privata*, in *Dir. fam.*, 2017, p. 1092 ss.

[7] Non può negarsi, infatti, che il termine "costituzione" reso per le unioni civili fosse da intendersi come "celebrazione" sin dalla entrata in vigore della l. 76/2016 e lo sia in modo non revocabile in dubbio con l'entrata in vigore del d.legisl. 5/2017; al riguardo, cfr. C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017, p. 432 ss. ed ivi G. Ballarani, *Commento all'art. 1, comma 19*, p. 227 ss.

solo non avrebbe senso, bensì (così come oggi già appare) costituirebbe una violazione dell'art. 8, c. 2, CEDU per una ingiustificata e ingiustificabile ingerenza nella sfera privata[8] in quanto, *ope legis*, accomunata a quella familiare[9].

Se, per converso, si volesse scegliere l'opposta e innovativa direzione dell'autonomia privata, a ciò dovrebbe seguire, come debita conseguenza della presa d'atto della non necessità dell'intervento dello Stato nella formalizzazione delle relazioni affettive medesime, la correlata definitiva rinunzia ordinamentale alla formalizzazione solenne della costituzione dei rapporti, ossia ad ogni forma di celebrazione pubblica, pur nel rispetto dell'esigenza di mantenere immutato il dovere ordinamentale di predisporre il quadro entro il quale contenere l'autonomia privata nelle determinazioni di coppia.

Ciò sarebbe, peraltro, in linea - o quantomeno armonizzabile - con quanto disposto all'art. 12 della CEDU, se inteso nel senso di scindere il diritto di sposarsi (che rimarrebbe così fondamentalmente ancorato alla libertà religiosa[10]), dal diritto di formare una famiglia[11] (secondo il parametro dell'autonomia privata).

In questa prospettiva non può però omettersi di considerare la stringente necessità di far salvo il debito e imprescindibile intervento pubblico a fronte dell'esigenza di disciplinare le sorti dei figli minori o maggiorenni non autosufficienti, secondo gli autonomi parametri delle regole sul rapporto genitori-figli nelle fasi fisiologiche e patologiche dei rapporti di coppia.

---

[8] Cfr. G. Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, cit., p. 645.

[9] In argomento, si legga M. Albini, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei princípi dell'Ordinamento interno*, in Aa. Vv., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, supp. al vol. XL, 2008, n. 12 di *Giur. mer.*, p. 54 ss., spec. p. 57; G. Ballarani, *La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 500 s.; cfr., inoltre, F. Romeo, in Id., M.C. Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze,* in *Nuove leggi civ.*, 2015, p. 982.

[10] G. Ballarani, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, cit., p. 129 ss.

[11] Corte EDU, 21 luglio 2015, ricc. 18766/11 e 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, *ex pluribus* in *Fam. dir.*, 2015, p. 1069 ss., con nota di P. Bruno, *Oliari contro Italia: La dottrina degli «obblighi positivi impliciti» al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*; Corte EDU, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, *Schalk e Kopf* c. *Austria*, *ex multis* in *Dir. um. e dir. int.*, 2010, p. 639. Sulla incidenza del diritto europeo nella formazione dei nuovi paradigmi del diritto di famiglia, cfr., *ex multis*, F. Ruscello, *La famiglia fra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Familia*, 2001, p. 697 ss.; M. Fortino, *Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 129 ss.

4. *Il dato: la sufficienza dell'autonomia privata*

Che la seconda ipotesi prospettata non sia poi così distante dal poter trovare concreto accoglimento, trova conforto argomentando in ordine alla già non agevole qualificabilità in termini "personali", non tanto dei negozi costitutivi delle nuove relazioni di coppia (unioni civili e contratti di convivenza)[12], quanto piuttosto del matrimonio medesimo, alla luce di quel percorso normativo e giurisprudenziale che dalla iniziale privatizzazione della materia, sta conducendo ad una vera e propria patrimonializzazione del rapporto coniugale.

É fuori di dubbio, infatti, come il processo di privatizzazione in parola, negli ultimi anni abbia subìto una forte accelerazione, così come posto in luce dalla dottrina[13], conducendo a determinanti risultati, sia sul piano del formante normativo, sia su quello giurisprudenziale.

Volendo così riepilogarne sommariamente i passaggi cruciali, occorre considerare tre distinti momenti, relativi alla disciplina matrimoniale, alle unioni civili e, da ultimo, alle convivenze contrattualizzate, dovendosi intendere la l. 76/2016 come implicito epilogo del percorso.

5. *L'analisi: il contesto del diritto matrimoniale*

Avuto riguardo al diritto matrimoniale, ci si vuol riferire, nello specifico, a quel processo di radicale rimeditazione orientato ad accordare spazi sempre maggiori all'autonomia privata nella gestione delle patologie delle relazioni ove, muovendo dall'assunta ammissibilità dello scioglimento dai vincoli, si è giunti a ritenere prescindibile ogni intervento pubblico, con la correlata implicita rinunzia ordinamentale a mantenere inalterato l'interesse pubblico verso la famiglia.

Tutto ciò è lo specchio su cui si riflette il profondo e radicale scostamento

[12] G. Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, cit., p. 623 ss.

[13] *Ex multis*, L. Rossi Carleo, Status *e contratto nel mosaico della famiglia*, in *Dir. fam.*, 2016, II, p. 221 ss.; N. Lipari, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in G. Frezza (a cura di), *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2005, p. 17 ss.; A. Nicolussi, *Matrimonio, filiazione e unioni non coniugali: quale futuro per i rapporti etico-sociali*, in O. Fumagalli Carulli, A. Sammassimo (a cura di), *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Milano, 2015, p. 385 ss.

delle regole di diritto matrimoniale rispetto alla tradizionale cornice di principi che governavano l'intero sistema del diritto di famiglia, incentrato com'era sul modello unico della famiglia legittima coniugale e i cui diretti corollari erano la legittimità della filiazione e la successione legittima.

Il sistema in parola poggiava, infatti, su due principi di fondo:

- il primo, legato all'inidoneità del diritto a governare i fatti di sentimento[14], che conteneva l'intervento dell'ordinamento entro i limiti dell'oggettiva esigenza di tutela della famiglia nel suo insieme e dei singoli membri nello specifico[15];

- il secondo, strettamente connesso al primo, relativo all'interesse pubblico per la famiglia[16] che, poggiando sul considerare la famiglia fondamentale corpo intermedio tra lo Stato e l'individuo[17], imponeva ai coniugi stringenti regole inderogabili, comprimendone l'ambito dell'autonomia privata[18].

In proposito occorre, innanzitutto, precisare, però, come l'interesse pubblico verso la famiglia non abbia importato il ricondurre le regole che

[14] A. Falzea, *Fatto di sentimento*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1972, p. 315 ss., ed ora in Id., *Ricerche di teoria generala del diritto e di dogmatica giuridica,* II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 435 ss. (dal quale si cita).

[15] Sono, del resto, i canoni naturalistici del vivere in comune (l'affetto, la solidarietà, il prendersi cura dell'altro, il condividere lo stesso spazio, il fare e il crescere i figli) a segnare la soglia oltre la quale il mare del diritto non poteva spingersi, cogliendosi in ciò il senso della nota definizione della famiglia offerta da A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Catania*, III (1948-1949), Napoli, 1949, p. 38; in proposito, cfr, altresì, A. Trabucchi, Pas par cette voie s'il vous plait*!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 329 ss., spec. p. 338.

[16] La spia dell'interesse pubblico verso di la famiglia è rappresentata dal rilievo dato dall'art. 29, c. 2, Cost. alla *unità* di questa, dato il valore etico-sociale della famiglia come società nella società: cfr., al riguardo, D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 3ª ed., I, Torino, 1950, p. 528; G. Giacobbe, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 481 ss., poi pubblicato in V. Scalisi (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 479 ss. (dal quale si cita), spec. p. 482, ed ora accolto in G. Giacobbe, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, 2ª ed., Torino, 2011, p. 33 ss.; A. Trabucchi, Pas par cette voie s'il vous plait*!*, cit., p. 339.

[17] Del resto, il contesto in cui si affermarono e maturarono questi postulati era quello tradizionale in cui non era in discussione l'intendere la famiglia come "società intermedia tra l'individuo e lo Stato" (A. Trabucchi, Pas par cette voie s'il vous plait*!*, cit., spec. p. 336; in termini analoghi, M.J. Arroba Conde, M. Riondino, *Introduzione al diritto canonico*, Firenze, 2015, p. 119.); la funzione alla quale la famiglia era preposta, infatti, non era solamente volta a favore dei coniugi, bensì dell'intera collettività, proiettandosi gli effetti della solidarietà coniugale anche all'esterno: vd. A. Nicolussi, *Che cos'è il matrimonio (Recensione a* S. Girgis, R.T. Anderson, R.P. George, *Che cos'è il matrimonio*, Milano, 2015*)*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 977 ss., spec. p. 980.

[18] Per ogni approfondimento al riguardo, si rinvia a G. Ballarani, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, cit., p. 32 ss.

la governano al diritto pubblico[19]: piuttosto, in armonia con autorevole dottrina[20], ciò ha condotto ad affermare la rispondenza dell'interesse familiare ad esigenze ad un tempo superindividuali e statali, intendendosi il diritto di famiglia "un sistema di norme preminentemente «*di ordine pubblico*»"[21] e giustificando, per tal via, l'inderogabilità delle regole.

Alla luce del primo principio, si giustifica il senso dell'art. 29 Cost., non solo nella parte in cui esprime l'esigenza di tutela ordinamentale verso l'unità della famiglia[22], bensì anche nella previsione di apertura, secondo cui la Repubblica *può* riconoscere i comportamenti spontaneamente assunti dai componenti di una relazione affettiva in termini di diritti e di doveri, ossia di situazioni giuridiche soggettive proprie, solo se e quando quella società naturale che è la famiglia decide di formalizzare giuridicamente il rapporto affettivo attraverso la solennità del matrimonio[23]: in questa prospettiva, il matrimonio *era*, infatti, il solo strumento giuridico attraverso il quale dare rilevanza alla relazione affettiva rendendola idonea alla produzione degli effetti così come previsti tassativamente dall'ordinamento.

Il secondo principio si riflette, invece, sulla natura stessa del matrimonio che, se in ragione della centralità del volere delle parti nella fase costitutiva del rapporto, si inquadra entro l'alveo del negozio giuridico, in forza dell'interesse pubblico vuole massimamente compressa la libera determinazione degli assetti fra le parti.

Sicché, il matrimonio come negozio, pur accomunato in ciò con il contratto[24], da questo si distingue[25], mutuando la propria disciplina dal

[19] R. de Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, 4ª ed., II, Messina-Milano, 1926, p. 472.
[20] D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., p. 529.
[21] D. Barbero, *Ibidem*; A. Cicu, *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, in *Jus*, 1940, p. 371 ss., spec. p. 384; Id., *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 1 ss., ove rimeditò la posizione precedentemente espressa in Id., *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914, *passim*, ma spec. p. 9.
[22] Il riflesso dell'impronta personalistica e solidaristica nella sistematica del diritto di famiglia è posto in rilievo da G. Giacobbe, *La famiglia dal codice civile alla legge di riforma*, in *Iustitia*, 1999, p. 242 ss., ed ora in Id., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 11; P. Perlingieri, *Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in Id. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 13 ss., spec. p. 13.
[23] Cfr. Ballarani G., *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica.* cit., p. 625 ss.
[24] La natura negoziale del matrimonio, è attualmente pacificamente ammessa: *ex multis*, G. Ferrando, *Matrimonio e famiglia*, in Ead., M. Fortino, F. Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, I, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, Milano, 2002, p. 123 ss., spec. p. 162) in forza della centralità attribuita alla volontà dei nubendi come elemento costitutivo della fattispecie, dandosi rilievo alla libera determinazione dei privati in tal senso.
[25] Cfr. G. Ferrando, *Matrimonio e famiglia*, cit., p. 163.; C.M. Bianca, *Diritto civile*,

contratto solo entro limiti di compatibilità[26].

La prevalenza ordinamentale delle ragioni personali - tradotta nella correlata prevalenza giuridica degli effetti personali su quelli patrimoniali - determinava, così, ad un tempo, l'ascrivibilità del matrimonio entro il quadro dei negozi giuridici personali a carattere familiare e la specificità del piano rimediale tradizionale. E non è chi non veda come la modifica dell'uno o dell'altro e, ancor di più, la modifica di entrambi, inevitabilmente si riversi sulla qualificabilità dell'istituto in termini personali, offuscandone i tratti di distinzione rispetto al contratto.

6. *La mutata dimensione rimediale*

La tesi che in questa sede si propone, muove dal considerare le conseguenze del sempre più irreversibile abbandono di ogni rilievo pubblicistico della famiglia e della correlata apertura a spazi di sempre maggiore autonomia privata ad opera dei formanti in materia di matrimonio che, nel loro insieme, svelano implicitamente il passaggio dalla privatizzazione alla patrimonializzazione.

La principale spia della crisi dei due principi al fondo dell'istituto matrimoniale è, infatti, rappresentata dalla volontà di ripensamento del sistema rimediale proprio del diritto coniugale, tanto dal punto di vista del fondamento, quanto sotto il profilo teleologico.

Sotto il primo profilo, al di là delle prime aperture alla privatizzazione operate con la legge sul divorzio[27] e con la ridefinizione dei paradigmi della separazione nel 1975, che affermarono un modello matrimoniale di stampo individualistico ove si dava maggior rilievo alla volontà dei singoli[28], il dato emerge considerando, per un verso, la drastica riduzione dei tempi della separazione per l'accesso al divorzio ad opera della l. 55/2015 sul c.d.

2.1, Milano, 2014, p. 33 ss.; A. Falzea, *Conclusioni*, in Aa. Vv., *Il matrimonio concordatario oggi* (Estratto dal volume curato da S. Bordonali, A. Palazzo, *Concordato e legge matrimoniale*), Napoli, 1990, p. 131 ss., spec. p. 136.

[26] G. Ferrando, *Matrimonio e famiglia*, cit., p. 163.

[27] M. Sesta, *La famiglia fra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 567 ss., spec. p. 573 ss.

[28] O. Fumagalli Carulli, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, in *juscivile*, 2015, p. 1 ss., spec. p. 3.

divorzio breve[29] che svela la tendenza a ritenere anacronistica la separazione[30] e, per altro verso, la rinunzia da parte dell'ordinamento alla propria funzione di garanzia e controllo della conformità delle determinazioni fra le parti nella sospensione e nello scioglimento del vincolo coniugale all'interesse superiore della famiglia (posta in ragione della proiezione costituzionale verso l'unità familiare), resa esplicita con il d.l. 132/2014, poi convertito con modifiche nella l. 162/2014 sulla negoziazione assistita da parte degli avvocati[31].

Sotto il secondo profilo, emerge la correlata spinta giurisprudenziale al ridimensionamento dei profili di rilevanza personale tipici del rapporto di coniugio (con particolare riguardo alla coabitazione e alla fedeltà ai fini della dichiarazione di addebito della separazione) che rappresentavano, ad un tempo, la ragione della peculiarità delle regole e dei correlati rimedi (data la matrice personalistica, solidaristica e altruistica dei convergenti interessi dei nubendi posti a fondamento del negozio matrimoniale) e il tratto di distinzione principale rispetto ai negozi a carattere patrimoniale[32].

Al riguardo, pare giusto il caso di osservare come il ridimensionamento della rilevanza giuridica dei profili personali e lo svilimento della funzione della separazione dimostrino in modo implicito la volontà di affrancamento del negozio matrimoniale da quei paradigmi che maggiormente ne consentivano il profilo di distinzione rispetto al contratto e che erano rappresentati proprio dalla specificità del rimedio della separazione a

[29] Cfr., in proposito, da ultimo, C. Rimini, *Il nuovo divorzio*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger,* Milano, 2015, p. 15 ss.; M. Sesta, *La famiglia fra funzione sociale e tutele individuali*, cit., spec. p. 574 ss.

[30] Tendenza poi confermata dalla mancata inclusione del rimedio della separazione per le unioni civili, a cui si affianca l'ulteriore conferma con il d.d.l. in Senato per lo stralcio dell'art. 143 c.c. (Senato della Repubblica, XVII Legislatura, Disegno di legge n. 2253 recante *Modifiche all'art. 143 del codice civile, in materia di soppressione dell'obbligo reciproco di fedeltà tra i coniugi*). In proposito, cfr. M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 881 ss.; G. Ferrando, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1771 ss.; E. Quadri, *"Unioni civili fra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 893 ss.

[31] Questa prevede, infatti, l'intervento dello Stato solo ed esclusivamente nell'ipotesi della presenza di figli minori o non autosufficienti, ritenendo con ciò la sufficienza dell'autonomia privata in ordine alle determinazioni medesime. Al riguardo, v. M. Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 285 ss.; Id., *La famiglia fra funzione sociale e tutele individuali*, cit., spec. p. 574 ss.; O. Fumagalli Carulli, *Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione*, cit., spec. p. 3.

[32] G. Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, cit., p. 642 ss.

garanzia della precipua tutela degli interessi personali e familiari - dunque, non patrimoniali - che maggiormente qualificavano la natura del negozio in termini personali, in ragione della incoercibilità dei doveri in parola.

A ciò non può non aggiungersi il rilievo dato alla patrimonializzazione degli affetti ad opera dell'apertura del piano rimediale all'illecito endofamiliare, proprio in forza della ritenuta insufficienza degli strumenti tradizionali e specifici rispetto alla esigenza di soddisfare l'interesse leso dalla violazione dei doveri di natura personale[33].

Peraltro, la logica al fondo del voler negare l'esigenza della provvisoria sospensione dei diritti e dei doveri coniugali e la rinunzia ordinamentale all'intervento pubblico nella fase patologica del rapporto, sembrano trovare ragione in una visione, derivante dal passaggio dal soggetto in astratto alla persona in concreto[34], volta a sostituire alla dignità l'autodeterminazione: la prima, intesa come principio cardine dell'ordinamento costituzionale e declinata anche in chiave di protezione dell'individuo da sé stesso oltre che nel confronto con altri, vuole il diritto chiamato ad assolvere la propria funzione ordinante i rapporti tra consociati (segnando in senso forte il confine fra ciò che può consentirsi e ciò che deve vietarsi, ossia fra il lecito e l'illecito); la seconda, intesa come assoluto, rispetto al quale il diritto dovrebbe chiamarsi indietro, ovvero assecondarlo, sembrerebbe volere l'ordinamento in funzione servente la scelta individuale[35].

In questa prospettiva, anche nel matrimonio viene ad assumere rilievo primario la piena e incondizionata realizzazione di sé e della propria libertà personale, sicché la famiglia coniugale appare aver senso fino a quando risponda all'interesse del singolo coniuge, ammettendo il vincolo sino a che questo risponda alla idea uni-soggettiva della realizzazione di sé stessi, sicché, una volta superata la soglia, divenendo il matrimonio di ostacolo alla libertà

[33] In proposito, cfr., S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, *passim;* M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 14 ss.; P. Virgadamo, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam.*, 2006, II, p. 1894 ss. Sul fronte giurisprudenziale, cfr., *ex pluribus*, Cass., 26 maggio 1995 n. 5866; Cass., 7 giugno 2000, n. 7713; Cass., 10 maggio 2005, n. 9801.

[34] G. Oppo, *Diritto positivo, diritto "sociale" e diritto naturale*, in P. Sirena (a cura di), *Oltre il "positivismo giuridico" in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 2011, 83 ss.; Id., *Sintesi di un percorso (incompiuto) del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 1 ss.; Id., *Ancora su persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 259 ss.; Id., *Scienza, diritto, vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 11 ss.

[35] Con riguardo alla salute, cfr. *ex multis* Cass., 14 gennaio 1998, n. 208, in *Quadrimestre*, 1988, p. 433, nonché Corte cost., 9 aprile 2014, n. 162, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss.; S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, spec. p. 49.

personale individuale, emerge l'esigenza di accordare a ciascun coniuge strumenti idonei a garantirgli la realizzazione della propria insindacabile facoltà di sciogliersi dal vincolo, rimuovendo l'atto e risolvendo il relativo rapporto, caducandone l'effetto celermente e semplicemente[36].

Sicché è agevole riflettere su come questi nuovi rimedi vengano oggi assunti a mò di strumenti ad azionabilità incondizionata e di insindacabile applicabilità, non contro ragioni obiettive di intollerabile prosecuzione della convivenza a protezione della persona, bensì per motivi soggettivi invocabili in ogni momento, come se fossero parte integrante dell'istituto matrimoniale stesso o, in altri termini, mezzi di recesso unilaterale *ad nutum* dal vincolo[37].

7. *La posizione intermedia delle unioni civili*

Se già solamente da queste prime riflessioni si intravede con chiarezza la lenta ma inesorabile deriva neo-patrimonialistica che sta conducendo ad una vera e propria contrattualizzazione dei rapporti affettivi, con il passaggio da *partner* a *parti*[38], dimostrando il progressivo distacco dell'insieme delle nuove regole dal sistema codicistico originario, è volgendo lo sguardo al contesto normativo delle unioni civili e delle convivenze che la riflessione meglio si radica trovando ulteriore conforto la proposta tesi.

Con riguardo alle unioni civili, il legislatore del 2016 ha proposto un modello intermedio (pseudo-pubblico o para-privato, a seconda dell'ottica sotto la quale lo si vuole indagare), comunque ibrido, di "quasi-matrimonio" che appare essere palesemente contraddittorio nella sua drammatica veste discriminatoria, già affermata da tempo nel costesto tedesco dal quale si è voluto attingere[39] (a questo punto, tardivamente, data l'abrogazione della

[36] G. Ballarani, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, cit., p. 93.
[37] G. Giacobbe, *La famiglia dal codice civile alla legge di riforma*, cit., p. 242 ss.
[38] Tutto ciò, peraltro, in un contesto ove tanto è stato fatto nell'opposto segno della c.d. *depatrimonializzazione*: P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, II, p. 717 ss.; Id., *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.; Id., *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.; A. De Cupis, *Sulla depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482.
[39] Con riguardo alle unioni civili fra persone dello stesso sesso, il legislatore del 2016 ha, infatti, optato per la costituzione di un modello giuridico proprio, in ossequio al c.d. "doppio binario" seguito con la *Lebenspartnerschaftsgesetz* (*LPartG*) in Germania nel 2001, su cui cfr. F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*,

Lebenpartnerschaftsgesetz e la modifica del § 1353 BGB che ora estende il matrimonio a chiunque a prescindere dal sesso[40]).

Affermare la disponibilità ordinamentale di ammettere la convivenza omosessuale a modello (implicitamente) familiare[41] creando un sistema para-coniugale, appare, infatti, all'occhio del giurista *laico*[42], nitidamente discriminatoria *in radice*, una volta apoditticamente assunte come omogenee le relazioni al punto di disciplinare la nuova sul modello tradizionale[43].

2002, I, p. 524 ss.; S. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 958 ss., spec. p. 959, nonché la ricostruzione offerta da C. Caricato, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme*, in *Familia*, 2016, p. 71 ss.; da ultimo, v. G. Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, cit., p. 624 ss. La legge in parola è stata peraltro modificata nel 2005 dalla *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts* (*LPartRÜG*, del 15 dicembre 2004, in *Bundesgesetzblatt*, 2004, I, p. 3396, entrata in vigore il 1° gennaio 2005), con la quale si è voluta risolvere la maggior parte dei profili di distinzione delle unioni fra persone dello stesso sesso rispetto al matrimonio, prevedendo per le prime il fidanzamento, l'adozione del figlio del partner, il regime legale della comunione degli incrementi, gli obblighi di contribuzione fra i partner, il divorzio, i diritti successori. Ad essa si è aggiunta una pronunzia della Corte costituzionale (*BVerfG*, 7 luglio 2009, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2010, p. 1439 ss.), in ordine alla pensione di reversibilità.

[40] La discussione in seno al Parlamento tedesco in ordine al passaggio in Germania dalla *Lebenspartnershaftsgesetz* al vero e proprio matrimonio omosessuale, si è, infatti, risolta, prima con l'esito favorevole della votazione del 1° luglio 2017 sul disegno di legge di modifica del BGB volto a stabilire che "il matrimonio è stipualto a vita tra due persone di sesso diverso o dello stesso sesso" e poi con la definitiva approvazione della *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts* il 20 luglio del medesimo anno (in *Bundesgesetzblatt Jahrgang*, 28 luglio 2017, I, n. 52, p. 2787), entrata in vigore il 1° ottobre 2017, con cui è stato modificato il § 1353 BGB che infatti ora dispone che *Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen*.

[41] G. Alpa, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1719 ss.; A. Spadafora, *Lo* status *coniugale e gli* status *paraconiugali tra legge e autonomia privata*, cit., p. 1092 ss.

[42] Dunque volendo (forzatamente) prescindere dalla opportunità etica della scelta e del comunque imprescindibile fattore religioso, a non volere considerare in questa sede i profili di congiunzione fra il matrimonio civile e il matrimonio canonico definiti nella regola concordataria, comunque già posta in crisi dallo scostamento dei parametri normativi al fondo del matrimonio civile rispetto a quelli originari che consentivano la sovrapponibilità dell'istituto laico con quello canonico che, ieri come oggi, è rimasto invariato. Per ogni approfondimento sul tema, sia consentito un ulteriore rinvio a G. Ballarani, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, cit., *passim*.

[43] A supporto dell'affermazione depone, peraltro, il considerare come la materia della filiazione sia, per un verso, ormai autonoma rispetto alla relazione coniugale e, per altro verso, comunque "naturalmente" estranea al rapporto omosessuale. Per contro, l'affermazione medesima, anche al di là della imprescindibile tradizione, si scontra con un dato,

8. *La permeabilità bidirezionale tra matrimonio e unioni civili*

In una prospettiva *de iure condendo*, l'affermazione delle unioni civili come modello para-coniugale[44], siccome costitutivo dello *status* di unito[45] sovrapponibile a quello coniugale, potrebbe, peraltro, non esaurire il proprio effetto sulle unioni civili, proiettandolo a ritroso - in ragione della sovrapponibilità degli istituti - su quelle coniugali.

In questo contesto, non è difficile prevedere la possibile permeabilità progressiva fra il matrimonio e le unioni civili: mutuata per quest'ultime la disciplina da quella del matrimonio, mantenendo differenze dai tratti più formali che sostanziali, è, infatti, agevole prevedere *de iure condendo* l'estensione ai coniugi delle più leggere e flessibili e privatistiche regole che governano le unioni civili[46], potendosi a tal fine far leva sulla assunta assimilabilità fra gli *status*, attraverso un percorso argomentativo biunivoco e invocando il principio di non discriminazione, quello di ragionevolezza e quello di proporzionalità[47] che dominano gli attuali orientamenti della

sovente poco considerato già con riguardo ad ogni modifica apportata alla disciplina matrimoniale, ma di imprescindibile rilevanza: la congiunzione fra il sistema matrimoniale civile e quello canonico rappresentata dalla disciplina concordataria: cfr. ancora G. Ballarani, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, cit., p. 98 ss.

[44] P. Perlingieri, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. giur.,* 1979, p. 777 ss.; Id., *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in Id., *Rapporti personali nella famiglia*, cit., p. 44 ss.; Id., *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in Aa. Vv., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 136 ss.; N. Lipari, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un* iter *legislativo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1028 ss.; F. Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p, 143 ss.; A. Spadafora, *Rapporto di convivenza* more uxorio *e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 19.

[45] L. Rossi Carleo, Status *e contratto nel mosaico della famiglia*, cit., p. 221 ss.; M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 881; Id., *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., p. 567 ss.; M. Bianca, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *Giudicedonna*, 2016, 2, p. 1 ss.; G. Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, cit., p. 625 ss.; L. Lenti, *Status*, in *Dig. civ.*, XIX, Torino, 2000, p. 29 ss., spec. p. 33.

[46] I cui segnali già si scorgono con riguardo ai tentativi di soppressione dell'istituto della separazione poi stralciati dal testo sul c.d. divorzio breve e di rimozione della fedeltà dal novero dei doveri coniugali: Disegno di legge n. 2253 recante *Modifiche all'art. 143 del codice civile, in materia di soppressione dell'obbligo reciproco di fedeltà tra i coniugi*, cit.

[47] In proposito, si leggano le attente osservazioni di P. Perlingieri, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 164 ss., spec. p. 174 ss.; cfr., inoltre, G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*; E. del Prato, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir.*

giurisprudenza di legittimità e della Corte costituzionale.

9. *La contrattualizzazione delle relazioni affettive*

Accanto a questo profilo, per quanto attiene alla riflessione che in questa sede si propone, rimane al fondo il fatto che le unioni civili si pongono in chiave intermedia tra la rigidità della regola "pubblica" matrimoniale e la flessibilità della regola privatistica delle convivenza, sbilanciando, però, l'asse verso quest'ultima.

Il dato emerge con chiarezza solo a considerare l'ammissione alle unioni civili dei soli maggiorenni[48]; il ridimensionamento di ogni profilo attinente ai doveri di natura personale[49], specie in ragione del fatto che la violazione di ciò che ne rimane (dovere di coabitazione e solidarietà morale), non ha conseguenze, dato il rifiuto normativo dell'intero sistema rimediale proprio della separazione[50]; il rifiuto della disciplina della promessa di matrimonio[51];

civ., 2010, I, p. 23 ss.

[48] L'emancipazione del sedicenne, ha, infatti, incidenza esclusiva sugli effetti personali del matrimonio, sicché ammettere all'unione solamente i maggiorenni rafforza la rilevanza ai fini dell'effetto della piena capacità di agire patrimoniale e, di conseguenza, la natura eminentemente patrimoniale del rapporto che l'atto determina. Cfr., *ex multis*, G. Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, cit., p. 641 ss.

[49] Ci si vuol riferire all'esclusione dell'àmbito della fedeltà dal novero dei diritti e doveri che sorgono in capo agli uniti. Cfr., in proposito, G. Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, cit.

[50] Ancora *ex multis*, G. Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, cit.

[51] Il dato assume un rilievo particolare, se si considera che nulla vieterebbe agli unendi di formalizzare un vero e proprio preliminare di unione, laddove ai nubendi questo è impedito proprio dall'art. 79 c.c. Del resto, la norma in parola non è applicabile ai primi in forza del disposto dell'art. 1, comma 20 della medesima legge sulle unioni civili che impedisce l'estensione agli uniti delle disposizioni sul matrimonio non espressamente da questa richiamate. Al riguardo, occorre però considerare come gran parte dei problemi di coordinamento, specie in materia di "celebrazione" dell'unione, siano stati affrontati con il d. legisl. 5/2017 di adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'art. 1, c. 28, lett. *a*) e *c*) della medesima legge. Cfr., in proposito, C. Garlatti, *Commento all'art. 1, comma 28*, in C.M. Bianca, a cura di, *Le unioni civili e le convivenza. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, cit., p. 432 ss; G. Ballarani, *Commento all'art. 1*, *comma 19*, *ivi*, p. 227 ss.

nonché, da ultimo, il mancato richiamo della norma di cui all'art. 108 c.c. sulla inapponibilità di termini e condizioni.

E non è chi non veda come tutto ciò induca quantomeno a riflettere sulla possibile maggiore riconducibilità dell'unione civile entro l'alveo del contratto.

10. *L'elemento di rottura: il contratto di convivenza*

Se già il solo percorso dalla privatizzazione alla patrimonializzazione del diritto di famiglia sino alle unioni civili comprese, può indurre una riflessione dubitativa sulla riconducibilità attuale del negozio costitutivo delle relazioni affettive entro l'alveo dei negozi "familiari", volgendo lo sguardo alla disciplina delle convivenze (che furono di fatto) trova conforto l'intera riflessione.

La l. 76/2016, con riguardo alle convivenze, infatti, oltre ad aver esteso agli stabili conviventi i principali diritti che erano ad esclusivo appannaggio dei coniugi[52], ha definitivamente asserito la sufficienza dell'autonomia privata nelle dinamiche affettive fra adulti.

La tipizzazione del contratto di convivenza è, così, l'elemento che maggiormente rappresenta la rottura dell'armonica costruzione codicistica familiare, ponendo nel nulla ogni pregressa riflessione sulle convivenze *more uxorio* compiuta in dottrina[53]. Per via privata qualunque soggetto

[52] Ordinamento penitenziario (art. 1, c. 38, l. 76/2016), malattia, ricovero, scelte terapeutiche, donazione di organi (c. 39, c. 40 e c. 41), successione nel contratto di locazione (c. 44), preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi popolari (c. 45), impresa familiare (c. 46), nomina del tutore, curatore o amministratore di sostegno (c. 48) e risarcimento del danno da perdita di congiunto (c. 49), diritto di abitazione del convivente superstite, salvo quanto previsto dall'art. 337-*sexies*, c.c. (c. 42 e c. 43), ancorché il c. 42 nulla dica sull'eventuale conflitto fra l'avente diritto ai sensi dell'art. 337-*sexies* c.c. e l'avente diritto ai sensi del medesimo c. 42, ult. cpv.

[53] Senza pretesa di completezza alcuna, F. Prosperi, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Camerino-Napoli, 1980, p. 42 ss.; V. Roppo, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 758 ss.; F. Gazzoni, *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1981, II, p. 262 ss.; Id., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., *passim*; A. Marini (a cura di), *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1987, *passim*; L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 6 ss.; G. Ferrando, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, p. 183 ss.; A. Spadafora, *Rapporto di convivenza* more uxorio *e autonomia privata*, cit., *passim*; N. Lipari, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di*

maggiorenne ha, quindi, facoltà di "governare" ogni dinamica di una relazione affettiva, dalla genesi dell'atto (contratto tipico di convivenza), alla fase fisiologica del rapporto, sino alle dinamiche relative alla patologia di questo.

Ben al di là di ogni riflessione critica sulla opportunità della scelta legislativa[54], dovendosi prendere atto delle conseguenze endemiche che questa riversa sul sistema del diritto di famiglia, in ultima analisi si staglia all'orizzonte una questione di sistema che merita di essere in primo luogo posta e dunque affrontata: assunta la sufficienza dell'autonomia privata dalla costituzione alla estinzione rapporti affettivi fra adulti; accordati ai conviventi i principali diritti tipici della relazione coniugale; ridimensionata la rilevanza giuridica dei profili personali del rapporto; resa del tutto autonoma la disciplina della filiazione; sulla scorta di tutto ciò, ha ancora senso la certificazione pubblica della costituzione delle unioni affettive coniugali e civili?

Ebbene, una volta accordato ai conviventi l'accesso ai residuali effetti originariamente legati al solo matrimonio; riformata la materia della successione *mortis causa*[55] - ultimo baluardo della rigida e coerente struttura codicistica originaria - con conseguente apertura a una più ampia disponibilità testamentaria; una volta equiparata la materia fiscale (che oggi comunque incide clamorosamente sulla determinazione in ordine alle nozze e viepiù alla separazione personale); tutto ciò considerato, la debita conseguenza dovrebbe essere la presa d'atto della non necessità dell'intervento dello Stato nella formalizzazione delle relazioni affettive medesime con la conseguente definitiva rinunzia ad ogni forma di celebrazione pubblica[56].

famiglia, cit., p. 17 ss.; G. Giacobbe, *Il modello costituzionale della famiglia*, cit., p. 481 ss.; Id., *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, in *Dir. fam.*, 2009, II, p. 305 ss.

[54] Per il cui approfondimento si rinvia a G. Ballarani, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, cit., p. 1 ss.

[55] Sulla inadeguatezza della disciplina successoria a governare le dinamiche intergenerazionali proprio in ragione della "stratificazione" familiare, cfr. *ex multis* F. Gazzoni, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 355 ss.

[56] Celebrazione (con la maiuscola) che potrebbe avvenire, certamente, con rito religioso nell'auspicio di recuperare alla sacralità propria il matrimonio (G. Ballarani, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, cit., p. 138 ss.) e, dunque, nel rispetto della libertà religiosa; celebrazione (con la minuscola) che potrebbe seguire "riti" laici, secondo le più fantasiose forme (del tutto irrilevanti giuridicamente, salvo eventuali profili di contrarietà a ciò che residua del buon costume), con conseguente libera adesione sul piano civile alla regolazione privata del rapporto.

11. *L'affermata sufficienza dell'autonomia privata*

Già in sede di primo commento alla l. 76/2016 si ebbe modo di affermare, con riguardo alla contrattualizzazione dei rapporti fra conviventi, come ogni aspetto di questo così come disciplinato dalla legge, avrebbe potuto, può e potrà essere oggetto di migliore libera determinazione pattizia[57] in ossequio alla regola sulla autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c., potendo le parti (già) accedere ad ogni fattispecie negoziale ancorata, sul piano causale, a ragioni di solidarietà o di liberalità meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico[58].

Ma, con la tipizzazione del contratto di convivenza non è più revocabile in dubbio l'idoneità dello stabile rapporto affettivo a fungere da substrato sul quale si innestino ragioni di solidarietà che giustifichino, sul piano causale concreto, le determinazioni patrimoniali e non patrimoniali tra conviventi, argomentando sulla natura degli interessi anche non patrimoniali al fondo delle prestazioni oggetto di obbligazione *ex* art. 1174 c.c., specie se, come in questa ipotesi, riconducibili al principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. Ciò che consente di ritenere *disponibili* i relativi diritti, con il solo limite di quelli di matrice esclusivamente personale (fedeltà, assistenza morale e coabitazione, peraltro, non coercibili, ma risarcibili se lesi)[59].

12. *La sintesi*

Il fondamento ultimo della proposta riflessione può ben ancorarsi ad una pluralità di ragioni: l'idoneità del contratto di convivenza a far assumere alle parti la maggior parte dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio nonché le principali prerogative originariamente connesse

[57] G. Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto*, cit., p. 649 ss. In proposito, cfr., da ultimo, V. Barba, *Unione civile e impugnazione per errore sulle qualità personali*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 315 ss.

[58] S. Delle Monache, *Convivenza* more uxorio *e autonomia contrattuale (alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 946 s., spec. p. 948.

[59] S. Delle Monache, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto),* cit., , p. 952 s.; G. Oberto, *Convivenza (contratti di)*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 369 ss., spec. p. 379; A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 929 e p. 936; A. Spadafora, *Rapporto di convivenza* more uxorio, cit., p. 89; F. Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 164.

al solo *status* di coniuge; la disponibilità in capo alle parti di costituire la comunione legale o ricorrere a convenzioni patrimoniali; le regole di diritto prevalentemente patrimoniale poste per il governo delle relazioni affettive; il ridimensionamento della valenza dei profili personali; la rinunzia ordinamentale a preservare l'interesse pubblico nella fase sospensiva ed estintiva dei rapporti (sino allo stralcio della separazione dal modello delle unioni civili); l'apertura alla patrimonializzazione conseguente alla violazione dei doveri di coppia sulla scorta dell'affermata insufficienza del piano rimediale tipico.

Alla luce di queste considerazioni sinteticamente richiamate, non appare arduo né azzardato prevedere che, con la rimodulazione degli ultimi istituti correlati alla originaria struttura matrimoniale ed oggi estesi ai rapporti costituiti per celebrazione pubblica, nessun ostacolo si potrebbe frapporre più verso lo scenario della esclusiva privatizzazione dei rapporti affettivi (a non voler considerare, in questa sede, il capitolo del matrimonio concordatario[60]).

13. *L'ipotesi: la proposta di un modello unitario*

Se si volesse, così, proiettare l'ipotesi verso l'inquadramento preliminare, debitamente sommario e con riserva di approfondimento e rimeditazione, di un modello unitario di contratto di convivenza affettiva e di *family governance*, attingendo all'attuale quadro normativo entro i limiti di compatibilità per la specificità della relazione in questione, ma anche oltre il limite normativo attualmente posto per i contratti di convivenza, questo dovrebbe inquadrarsi come negozio tipico a carattere promiscuo (patrimoniale e personale), non associativo (in ragione della non necessaria convergenza degli interessi, al di là dell'intento costitutivo) a causa solidaristica e a forma solenne, il cui oggetto - al di là degli affetti e dei doveri personali (non contrattualizzabili) - potrebbe ravvisarsi, tanto nella *family governance*, quanto nelle determinazioni in vista dello scioglimento del rapporto.

Sotto il primo profilo, rientrerebbero la fissazione della residenza familiare e la determinazione dell'indirizzo della vita di relazione, la scelta del regime patrimoniale (le cui regole rimarrebbero quelle attualmente poste), nonché la scelta del cognome familiare (come per le unioni civili) e

[60] G. Ballarani, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, cit., *passim*.

da trasmettere alla prole[61].

Sotto il secondo profilo, rientrerebbero gli accordi per lo scioglimento e la cessazione del rapporto (salve le questioni relative all'affido della prole), potendosi al riguardo prevedere anche l'ipotesi di una clausola di sospensione del rapporto, ferma l'applicabilità della disciplina divorzile entro limiti di compatibilità ed esigenze di rimodulazione.

In proposito, in ragione della natura contrattuale pura dell'atto, una riflessione a parte che in questa sede può solo proporsi, riguarderebbe l'ammissibilità della clausola penale, mentre potrebbe non dubitarsi dell'ammissibilità del recesso unilaterale (così come previsto per il contratto di convivenza), ferma la discutibilità della predeterminazione del prezzo per il recesso medesimo. Del pari, per la medesima ragione, non si dovrebbero ravvisare impedimenti alla stipulazione di accordi preliminari puri, ben oltre i limiti oggi posti dalla giurisprudenza di legittimità[62], per quanto già argomentato in materia di unioni civili[63].

Per il resto, la disciplina potrebbe mutuarsi - come è oggi per i contratti di convivenza e per le unioni civili - da quella del matrimonio, in ordine a parte dei requisiti soggettivi, nonché alle disposizioni in materia di nullità, vizi del consenso e simulazione.

14. *Il pregio dell'ipotesi: oltre i rapporti di coppia*

Questa ipotesi si potrebbe prestare a risolvere, peraltro, il problema del governo di realtà già presenti nel tessuto sociale oggi non altrimenti governabili, ma che non possono essere ignorate (e il riferimento primo è alle famiglie poligamiche[64] stabilmente residenti in Italia, o più in generale e in maniera

[61] Sulla scorta di quanto previsto nel disegno di legge recante *Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli (ddl n. 1628)*, attualmente in discussione al Senato, su cui si rinvia al Testo della Audizione informale dell'Autore presso la Commissione Giustizia del Senato svoltasi in data 21 febbraio 2017, disponibile sul sito www.senato.it e di prossima pubblicazione in *Dir. fam.*

[62] *Ex multis*, Cass., 21 dicembre 2012 n. 23713, in *Fam. dir.*, 2013, p. 843 ss., con nota di A. Figone, *Ancora in tema di patti prematrimoniali*; Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 94 ss., con nota di E. Tagliasacchi, *Accordi in vista della crisi coniugale: from* status *to contract*?; Cass., 19 agosto 2015, n. 16909.

[63] G. Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, cit., p. 623 ss.

[64] P. Perlingieri, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., p. 164 ss.

più "laica", ai c.d. rapporti "poliamorosi"[65]), in forza della liceità della causa solidaristica al fondo del contratto di convivenza[66] e in ragione della implicita idoneità dello strumento a regolare i rapporti (solo patrimoniali) anche tra più parti, non potendosi ignorare l'esistenza di queste realtà in Italia e potendosi far leva, sul piano giuridico, sulla libertà religiosa a fini non discriminatori, invocando le nuove frontiere dell'ordine pubblico internazionale così come rese nel recente formate giurisprudenziale di legittimità[67].

15. *Il differente profilo rimediale*

Sulla scorta delle premesse in ordine al passaggio dalla patrimonializzazione alla contrattualizzazione dei rapporti affettivi, volendosi dar seguito alla prospetta ipotesi, una domanda si impone: superata la specificità dei rimedi tradizionali e affermata l'insufficienza dei medesimi con l'apertura alla risarcibilità del danno da illecito endofamiliare, quale ragione oggettiva induce ancora a ancorarne la disciplina allo schema della responsabilità civile[68]?

Anche a non voler apertamente esprimersi in termini di responsabilità contrattuale, già oggi argomentabile con riguardo al matrimonio[69] e alle unioni civili[70] (al di là dei contratti di convivenza), è quantomeno agevole inquadrare i rapporti di coppia in termini di *contatto sociale affettivamente qualificato*, sicché le eventuali pretese risarcitorie e restitutorie fra le parti potrebbero ben seguire i paradigmi della regola di cui all'art. 1218 c.c., essendosi in ipotesi quantomeno di confine fra contratto e torto[71].

[65] Al riguardo, si rinvia al testo della interessante relazione tenuta da A. Vercellone, *I contratti di convivenza: la famiglia tra status, autonomia e regolazione*, in questo volume.
[66] *Ex multis*, G. Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, cit., p. 647; S. Delle Monache, *Convivenza* more uxorio *e autonomia contrattuale*, cit., p. 946 s.; A. Spadafora, *Rapporto di convivenza more uxorio*, cit., p. 111 ss.
[67] Cfr., Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, secondo cui questo «non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno, ma è da intendersi come complesso di principi ricavabili dalla Costituzione e dai Trattati Internazionali cui l'Italia ha aderito e che hanno, ai sensi dell'art. 117 cost., lo stesso rango nel sistema delle fonti della Costituzione».
[68] Cfr., *supra*, nt. 33.
[69] In questi termini, peraltro, già parte della dottrina si è espressa con ragionevole misura: A. Morace Pinelli, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 1220 ss., spec. p. 1226 ss.
[70] G. Ballarani, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, cit., p. 98 ss.
[71] A voler mutuare l'espressione di C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione.*

Del resto, abbandonati i rimedi classici volti a dare risposta specifica alla specificità dei doveri personali e contrattualizzate le relazioni affettive, la violazione di un profilo patrimoniale, com'anche la lesione di un sentimento, che già giustifica le pretese risarcitorie appunto per illecito civile endofamiliare, dovrebbe trovare conforto nel criterio predisposto per l'inadempimento del contratto secondo i parametri dell'art. 1218 c.c., non potendosi negarsi come la relazione affettiva sia ben al di qua del rapporto extracontrattuale.

16. *Il limite all'autonomia privata: il superiore interesse del minore*

In questo contesto, accanto ad ogni riflessione proposta e che verrà, emerge però l'urgenza di interrogarsi sui limiti all'autonomia privata in ambito familiare, individuabili nella esigenza di distinguere il rapporto tra adulti rispetto a quello tra adulti e minori[72], dovendosi confrontare l'autonomia privata con le esigenze di protezione del superiore interesse del minore ad un sano armonico sviluppo psicofisico, in relazione al quale il principio di sussidiarietà[73] non sembra invocabile.

In tal senso, l'elemento chiave è da individuarsi nel concetto di *superiore interesse del minore* come formula che rappresenta una giusta sintesi del complesso di situazioni giuridiche soggettive a lui afferenti e di posizione giuridiche di questo nei confronti dei terzi. Questa vuole, infatti, riflettere, nella specificazione della superiorità dell'interesse del minore, la logica di un ordine gerarchico, costituzionalmente argomentabile, che viene in rilievo ogni volta che questo si venga a confrontare con gli interessi di soggetti terzi[74], compresi, *in primis*, i genitori.

Del resto, se l'ordinamento riconosce e garantisce i diritti inviolabili

Ai confini tra contratto e torto, in Aa. Vv., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni,* I, Milano, 1995, p. 147 ss.

[72] Per quanto in questa sede rileva, peculiare importanza assume la riconosciuta autonomia della filiazione rispetto ai rapporti fra adulti realizzato con la l. l. 219/2012 e con il correlato decreto attuativo 154/2013, su cui si rinvia a C.M. Bianca, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.; Id. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, *passim*.

[73] Sul ruolo della sussidiarietà, cfr., da ultimo, M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I e II, Torino, 2014, *passim* e spec. R. Giampetraglia, *Il principio di sussidiarietà nel diritto di famiglia*, *ivi*, I, p. 329 ss.

[74] G. Ballarani, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, 2008, *passim*.

dell'uomo dando rilievo preminente al valore intrinseco della persona umana (art. 2 Cost.), la prospettiva costituzionale di protezione è espressamente rivolta a garantire il pieno sviluppo di questa in ogni luogo e in ogni fase della vita e, in particolare, in quella in cui detto sviluppo si realizza massimamente, ossia la minore età. Non a caso, il concetto di superiore interesse del minore, essendo intimamente connesso al suo sano e armonico sviluppo psicofisico, trova ancoraggio all'art. 32 Cost. in ossequio al diritto inviolabile dell'uomo all'integrità fisica e psichica di cui è espressione.

Il dato trova conforto, peraltro, all'art. 3 Cost., se inteso come clausola che celebra la differenza come tratto maggiormente qualificante l'individualità umana, ossia l'unicità individuale e, di conseguenza, ne impone il rispetto[75].

Così, se la privatizzazione tende ad elevare l'autonomia privata a fonte prevalente delle regole che governano tanto la fase fisiologica, quanto quella patologica delle relazioni familiari, questo "scolorimento dell'interesse pubblico"[76], proiettandosi verso l'emersione dell'individualismo, non può tradursi in un *vulnus* per il minore, dovendosi individuare nel suo superiore interesse il limite rispetto al quale l'autonomia privata deve sottostare[77].

17. *Epilogo*

In conclusione, appare ormai evidente come la logica codicistica italiana pre-costituzionale e pre-europea in materia di famiglia non sembri più rispondere a una realtà delle dinamiche affettive così tanto distante da quella che ne determinò gli assetti e difficilmente possa reggere il carico del riassetto degli istituti originari se sommato a quello ben più consistente dei nuovi istituti, facendo emergere la stringente esigenza di rimeditare i contenuti dei singoli istituti, ridefinendone gli assetti, valutandone la stabile tenuta o il necessario definitivo superamento.

In questa prospettiva, appare opportuno prendere debita consapevolezza della situazione, contribuendo alla rifondazione dei paradigmi costitutivi,

[75] Declina l'art. 3 Cost. in termini di "principio di differenziazione", P. Perlingieri, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., p. 164 ss.; in termini di "diritto alla differenza", G. Ballarani, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, cit., *passim*.

[76] G. Ferrando, *Autonomia privata e mediazione familiare*, in Ead. (diretto da), *Separazione e divorzio*, I, in *Giur. sist. civ. comm. Bigiavi*, Torino, 2003, p. 560 ss.

[77] G. Ballarani, *La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, cit., p. 495 ss.

stabili e coerenti, di una nuova struttura normativa, non dimentichi di come, però, alla esigenza della ricodificazione della materia potrebbe dover corrispondere la correlata necessità di garantire un pieno recupero di autonomia del matrimonio religioso alla sua essenza prima e fondante, come unico atto di consacrazione dell'unione affettiva secondo la fede di appartenenza delle parti[78].

[78] G. Ballarani, *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, cit., *passim*.

Mirzia Bianca

La buona fede nei rapporti familiari

Sommario: 1. Il fondamento etico del principio di buona fede e il dovere di solidarietà. Il collegamento con l'opera di Cesare Massimo Bianca sulle autorità private – 2. La buona fede: distinzione tra buona fede in senso soggettivo e buona fede in senso oggettivo. La buona fede in senso soggettivo e la tutela dell'affidamento sullo *status* familiare – 3. La buona fede in senso oggettivo. L'obbligo di lealtà. Distinzione tra fedeltà e lealtà: a) Il difetto di informazione nella fase che precede il matrimonio e l'unione civile – 4. b) il difetto di informazione sullo *status* di genitore – 5. c) il dovere di informazione dei minori adottati e dei minori nati da fecondazione assistita – 6. La buona fede quale obbligo di salvaguardia nei rapporti familiari – 7. Conclusioni.

1. *Il fondamento etico del principio di buona fede e il dovere di solidarietà. Il collegamento con l'opera di Cesare Massimo Bianca sulle autorità private*

Prima di spiegare il titolo di questo mio saggio scritto in occasione del compleanno dell'opera *Le autorità private* di Cesare Massimo Bianca[1], vorrei incentrare l'attenzione su alcuni principi e idee portanti che emergono da quell'opera dell'A., perché saranno proprio quei principi che mi consentiranno di spiegare perché ho scelto di scrivere un saggio sulla buona fede nei rapporti familiari.

Nell'opera *Le autorità private* di Cesare Massimo Bianca, titolo di un'opera che sarà destinata a ricevere l'attenzione anche al di fuori del ristretto ambito del diritto civile a causa della invenzione della felice formula, si condensa l'impostazione assiologica dell'Autore e l'idea di fondo che il diritto è il principale strumento di avversione delle ingiustizie e in generale di tutte le forme di violazione del principio di uguaglianza, nonché strumento privilegiato di attuazione del principio di solidarietà, in una lettura originale e innovativa del principio uguaglianza alla luce dei principi

[1] *Le autorità private,* Napoli, 1977.

cardine del diritto privato[2]. Nelle prime pagine dell'opera l'A., dopo aver nitidamente distinto tra norma pubblica espressione di *autorità* e negozio espressione di *autonomia*, affermava l'esistenza di autorità anche nel diritto privato, *autorità che egli indicava come il potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni,* riportando l'esempio, tra gli altri, delle strutture associative e condominiali. In altre pagine dell'opera si chiarisce che il concetto di autorità privata è strettamente collegato alla violazione del principio di uguaglianza, nella sua accezione specifica di *parità reciproca, ovvero del non assoggettamento all'altrui potere autoritario.* E proprio nel principio di uguaglianza inteso come principio di parità reciproca l'A. individuava il limite alla legge ordinaria e all'autonomia negoziale, come norma direttamente precettiva per i privati.

In quelle pagine si ricompone come in un mosaico il pensiero di Cesare Massimo Bianca e il suo fondamento etico che rimarrà, come accennavo, filo rosso del suo impegno come giurista perché il principio di uguaglianza come parità reciproca evoca il divieto di discriminazioni e quindi il principio di giustizia *sostanziale che passa attraverso le discriminazioni di diritto.*

Le autorità private venivano suddivise dall'A. in due diverse tipologie: di diritto e di fatto. Rispetto a queste ultime, qualificate quali *poteri decisionali che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale,* l'A. intravedeva un obbligo specifico dello Stato di rimuoverle. Anche in quelle pagine, ma soprattutto nell'individuazione di una responsabilità dello Stato nei confronti delle ingiustizie, si schiudono riflessioni future dell'A. che toccheranno il tema del diritto di famiglia e l'istituto dell'adozione, quando il diritto del minore a crescere in famiglia verrà affermato con forza come diritto anche nei confronti dello Stato, che è obbligato al sostentamento economico delle famiglie indigenti, evitando la dichiarazione dello stato di abbandono.

Nel capitolo dedicato alle autorità di diritto, il primo § è dedicato proprio alle autorità private nel diritto di famiglia, e in particolare alle autorità sugli incapaci e sui minori. Qui l'A., ricollegandosi all'impostazione

[2] Al riguardo mi sembrano evocative e simboliche le parole di P. Rescigno di presentazione al volume *Le autorità private*, cit., p. XII: «Sull'eguaglianza B. fornisce chiarimenti precisi, di sicura utilità sistematica per chi voglia rimeditare il principio costituzionale e per lo studioso che si proponga invece di controllare il significato ed i limiti della parità di trattamento nel diritto privato….E' agevole scorgere nella prospettiva scelta da Massimo B. i segni di una originale e più sottile riflessione. Delle autorità private emergenti dalla ricognizione positiva, egli enuncia il programma di verificare il fenomeno… rispetto ad un principio costituzionale operante come limite alla legge ordinaria e, ancora, come limite all'autonomia negoziale, ossia come norma direttamente precettiva per i privati».

tradizionale e allora prevalente che sottraeva in termini generali la famiglia all'intervento del diritto, denuncia la ritrosia di quei tempi ad applicare il principio di uguaglianza ai rapporti familiari, rapporti connotati fino ad allora dal concetto di autorità (maritale, parentale, etc.). Tale ritrosia veniva spiegata dall'A facendo riferimento da un lato *alla tradizionale resistenza all'ingerenza dell'ordinamento statale e al naturale atteggiarsi dei rapporti interni secondo fattori personali giuridicamente non valutabili* e dall'altro al fatto che *i suoi membri sono legati da un rapporto morale che implica l'integralità della persona*, riflessioni che vengono accompagnate dal rinvio al pensiero di Raiser e di Pietro Rescigno.

Dopo questa prima affermazione L'A prende immediatamente le distanze rispetto ad una impostazione già da lui reputata obsoleta e viene subito affermato il passaggio dalla concezione autoritaria della famiglia alla concezione di *una solidale comunanza di vita.*

Nelle pagine in tema di tutela del minore si colgono i germi del futuro e costante impegno di Cesare Massimo Bianca per la parificazione e per la rimozione delle residue discriminazioni, che troverà compiuta realizzazione con la riforma della filiazione del 2012 e 2013. Già in quelle pagine incredibilmente compariva la necessità di riconoscere un diritto all'ascolto del minore, diritto all'ascolto che l'ordinamento italiano codificherà solo nella legge del 2006 sull'affidamento condiviso e nello statuto dei diritti del figlio (nuovo 315-*bis* c.c., introdotto dalla citata riforma della filiazione), nonché nella recente legge sul consenso informato e sul fine vita, legge che ha dato voce alle riflessioni dell'A. in ordine alla necessità di tener conto dell'opinione del minore nelle vicende riguardanti la sua salute[3].

Pagine importantissime sono poi quelle sull'ufficio educativo e sulla legittimazione di un potere che è e deve essere esercitato nell'esclusivo interesse del minore. L'importanza di quelle affermazioni si colgono oggi ancora di più nel difficile compito che i genitori sono chiamati a svolgere nella prevenzione dei pericoli derivanti da internet, e in cui appare sempre più insufficiente una tutela che si fermi al tradizionale confine degli strumenti giuridici tradizionali, imponendo un rigoroso e difficile connubio tra libertà e responsabilità[4].

Nelle pagine dedicate al principio di autonomia negoziale si coglie

[3] V. l. 219/2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.* Sia consentito un rinvio a M. Bianca, *Prime note di commento alla legge,* in *Familia*, 2018, p. 109 e ss.

[4] Sia consentito un rinvio al mio saggio in via di pubblicazione sulla Rivista *Comunicazionepuntodoc.* dal titolo *La tutela del minore nell'età digitale. Riflessioni a margine della lettura del libro bianco AGCOM 2.0. su media e minori*

ancora l'essenza del pensiero dell'A. e la sua impostazione antiautoritaria e solidaristica quando, dopo averne declamato il contenuto di libertà, si contesta che essa possa risolversi in arbitrio, rifiutandosi perciò l'aspetto deteriore di un approccio "*individualista*", e proclamando "*che il dato caratterizzante del diritto privato diviene quello della solidarietà sociale*".

In buona sostanza e concludendo questa breve sintesi su alcuni passaggi dell'opera *Le autorità private,* può sinteticamente affermarsi che solidarietà, uguaglianza intesa come parità reciproca e giustizia sono gli ingredienti che hanno composto la base etica del volume sulle autorità private e in generale di tutte le opere di Cesare Massimo Bianca. Proprio il riferimento alla solidarietà quale "dato caratterizzante del diritto privato" ha focalizzato la mia attenzione sul principio di buona fede nei rapporti familiari, dato che per espresso riconoscimento anche della giurisprudenza, alla buona fede oggettiva[5] si riconosce oggi il crisma di principio etico che realizza il principio costituzionale di solidarietà contenuto nell'art. 2 Cost. Il fondamento costituzionale della buona fede nel valore della solidarietà sociale ha consentito di conservare quella vocazione pluralista del principio, anche se risulta ormai abbondonata quella visione paternalistica che vedeva nel principio di buona fede uno strumento di probità delle relazioni contrattuali, necessario per realizzare gli interessi delle parti e l'interesse superiore della Nazione[6]. Così il tema della buona fede nei rapporti familiari mi è sembrato, al di là dei risultati scientifici e delle ricadute applicative, un tema caro a quella impostazione assiologica dell'A. e quindi possibile oggetto di studio e di attenzione. A questa prima riflessione si sono aggiunti tanti dubbi e tante curiosità che hanno reso la prospettazione della trattazione del tema estremamente interessante ed attraente. In particolare mi sono subito chiesta perché il principio di buona fede, più volte richiamato nella disciplina del libro IV del codice civile sia del tutto assente nella disciplina del libro I. E inoltre come mai questo principio di solidarietà viene applicato a soggetti estranei come il debitore e il creditore e non si applica ai familiari? La risposta a questi interrogativi non è facile perché, anche rispetto alla buona fede dei rapporti obbligatori, benché principio testualmente richiamato in più articoli del codice civile (art. 1366, 1175, 1337, 1375, 1358 c.c.) la dottrina

[5] Sulla rilevanza della buona fede in senso soggettivo, v. oltre nel testo il § 2.

[6] V. Relazione al codice civile n. 612: "Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere e di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione, i quali richiedono una pacifica collaborazione produttiva".

e la giurisprudenza ne hanno sottovalutato la portata, relegandolo nel passato a principio a contenuto esclusivamente etico. Nei rapporti familiari, inoltre, a queste ragioni, devono aggiungersi quelle riflessioni di Cesare Massimo Bianca, in ordine alla ritrosia ad applicare i principi di uguaglianza e di solidarietà ai rapporti familiari, rapporti considerati un'isola rispetto al mare del diritto[7]. Tuttavia, anche ad una prima riflessione superficiale appare assurdo che la tutela dell'affidamento e in generale gli obblighi di lealtà e di salvaguardia non debbano trovare il loro campo di applicazione elettiva in relazioni fondate per loro natura sulla fiducia e sull'affidamento. In effetti proprio Cesare Massimo Bianca nell'opera dedicata al contratto, affrontando la trattazione specifica del principio di buona fede, evidenzia la necessità di estendere questo precetto al di là dei rapporti contrattuali ed obbligatori, secondo l'insegnamento romanistico che vedeva nella buona fede un precetto dell'agire umano[8]. L'indagine sull'esistenza del principio di buona fede nei rapporti familiari disvela poi una problematica di più ampia portata che è quella dell'applicazione dei principi generali che governano il contratto e l'obbligazione al diritto di famiglia.

Fatte queste premesse, è chiaro che se si vuole cercare di indagare l'applicazione del principio di buona fede nei rapporti familiari, non si può ridurre il dibattito e la questione all'applicazione nel diritto di famiglia del principio di solidarietà in quanto richiamo sicuramente corretto[9] ma troppo generico. Occorre invece individuare obblighi di lealtà e di salvaguardia, che

[7] Si richiamano qui le parole da tutti conosciute di C.A. Jemolo, in *Ann. Sem. Giur. Univ. Catania,* III, 1948-9, p. 38..

[8] V. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto,* 2ª ed., Milano, 2000, p. 504: «Al riguardo occorre ammettere l'esattezza del riferimento all'esperienza del settore contrattuale per individuare indicazioni specifiche sul significato della buona fede. Ciò tuttavia non può precludere la ricerca di una concretizzazione della nozione in modelli operativi al di fuori dei contratti. Il rispetto dell'altrui affidamento non può infatti esaurire la portata di un principio che la nostra legislazione ha voluto porre a fondamento di tutta la vicenda contrattuale e che esprime un'esigenza certamente superiore alla logica dello 'stare ai patti' e del non ingannare».

[9] Sull'applicazione del principio di solidarietà ai rapporti familiari, si rinvia alle riflessioni sempre suggestive di Andrea Nicolussi e al ricordo di L. Mengoni: A. Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?,* in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 171: «Nel matrimonio... il principio di uguaglianza non mette in discussione il principio di solidarietà - previsto dall'art. 2 cost., e quindi operante *a fortiori* nella famiglia - il quale *impedisce che il primato del dovere, affermato dalla morale domestica tradizionale, si converta nel primato del diritto soggettivo, con la conseguenza di dissolvere la famiglia nelle relazioni interindividuali dei suoi componenti, cioè in una serie scoordinata di rapporti tendenzialmente conflittuali*». (La parte in corsivo riportata da Nicolussi è di L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa,* in *Iustitia,* 1990, p. 11).

sono i canoni in cui si è specificato il contenuto del principio di buona fede che, analogamente a quanto avviene nei rapporti contrattuali ed obbligatori, siano radicati nelle relazioni familiari anche in mancanza di una norma esplicita. Solo così può giustificarsi un richiamo tecnico al principio di buona fede nelle relazioni familiari. L'indagine sulla buona fede nei rapporti familiari sarà quindi condotta secondo le due direttive: 1) dell'obbligo di lealtà e della tutela dell'affidamento nei rapporti familiari[10]; 2) dell'obbligo di salvaguardia nei rapporti familiari[11]. Entrambe le direttive saranno condotte attraverso un'analisi della giurisprudenza al fine di accertare se il principio di buona fede, anche se non declamato o esplicitamente richiamato, abbia trovato applicazione. Una seconda parte importante dell'indagine riguarderà le conseguenze della violazione del principio di buona fede nel diritto di famiglia[12], indagine molto complessa perché già nel diritto delle obbligazioni si fatica ad individuare le conseguenze della violazione di tale precetto.

2. *La buona fede: distinzione tra buona fede in senso soggettivo e buona fede in senso oggettivo. La buona fede in senso soggettivo e la tutela dell'affidamento sullo* status *familiare*

Come è noto la buona fede viene comunemente distinta in *buona fede in senso soggettivo* e *buona fede in senso oggettivo.* Mentre la seconda, come si è detto, identifica canoni oggettivi di comportamento secondo correttezza che trova il suo fondamento costituzionale nel principio di solidarietà (art. 2 Cost.), la prima indica uno stato soggettivo di *ignoranza di ledere l'altrui diritto.* Mentre la buona fede oggettiva viene più volte richiamata nel libro IV del codice civile (art. 1337 c.c. nelle trattative; art. 1175 c.c., quale canone di interpretazione; art. 1375 c.c., quale canone di integrazione; in pendenza della condizione, art. 1358 c.c.), la buona fede *in senso soggettivo* compare in numerose disposizioni in tema di possesso nel libro III (art. 1147, 1152, 1153, 1155, 1157 c.c.) e curiosamente compare, sempre con questa accezione soggettiva, nella disciplina del matrimonio. La disciplina del matrimonio putativo regolata dall'art. 128 c.c. riconosce nella buona fede, da intendersi come ignoranza sulle cause di nullità, uno dei coelementi, oltre

[10] V. i § § 3, 4 e 5 del testo.
[11] V. il § 6 del testo.
[12] V. il § 7 del testo.

alla convivenza, della fattispecie. La *ratio* della disciplina del matrimonio putativo è da rinvenirsi nella tutela dell'affidamento in ordine ad una data situazione da parte di chi ignorava la causa di nullità o era estraneo alla costituzione dell'atto (figli nati o concepiti durante il matrimonio dichiarato nullo). La stessa *ratio,* ovvero l'esigenza di tutelare l'affidamento è dato rinvenire nell'art. 129-*bis* c.c., norma che prevede espressamente la responsabilità di colui che ha violato l'affidamento del coniuge in buona fede. In queste disposizioni si coglie l'importanza della tutela dell'affidamento in ambito familiare. La stessa esigenza ha portato la Cassazione a Sezioni Unite[13] a ritenere che la convivenza protratta per un certo numero di anni è elemento che impedisce la delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio. In quella decisione la Corte di Cassazione, in maniera assai suggestiva, ha qualificato il matrimonio-rapporto quale «contenitore ... di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti dei componenti della famiglia, sia come individui sia nelle relazioni reciproche», dando quindi espressa rilevanza alla tutela dell'affidamento anche in un caso di palese nullità del matrimonio.

Al di là della rilevanza della buona fede soggettiva nella disciplina del matrimonio putativo, in termini generali il sistema del diritto di famiglia e della filiazione riconosce e tutela l'affidamento in ordine ad un determinato *status* anche se esso contrasta con la verità biologica. Significativa al riguardo è la giurisprudenza di merito in tema di azione di impugnazione per difetto di veridicità *ex* art. 263 c.c. Tale norma, la quale consente l'impugnazione per il fatto oggettivo della mancanza di verità biologica[14], abbandonato un progetto inziale che consentiva l'esercizio dell'azione solo al soggetto autore del riconoscimento in buona fede[15], non attribuisce alcuna rilevanza allo

[13] Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379.

[14] V. al riguardo C. cost. 18 dicembre 2017, n. 272: «È stata respinta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove sia ritenuta rispondente all'interesse del minore, in quanto è compito precipuo dei Giudici verificare caso per caso se la modifica dello *status* di filiazione del minore non sia di pregiudizio per quest'ultimo, malgrado il divieto di surrogazione di maternità ed il "favor veritatis" espresso dall'ordinamento». V. la nota a tale decisione di S. Sandulli, Favor veritatis *e* favor *minoris nell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità,* in *Familia,* 2018, p. 59 e ss.

[15] V. Relazione al codice civile, n. 143: "È stato proposto di ammettere l'impugnazione per difetto di veridicità da parte dell'autore del riconoscimento solo nell'ipotesi in cui costui abbia agito in mala fede. Ma una tale limitazione, pur risolvendosi in una specie di sanzione contro il dichiarante in mala fede, avrebbe violato il principio di ordine superiore che ogni falsa apparenza di stato deve cadere indipendentemente dal comportamento

stato soggettivo del soggetto che ha attuato il riconoscimento[16] e consente pertanto di impugnare il riconoscimento per il fatto oggettivo della mancanza di verità biologica, anche se colui che ha fatto il riconoscimento era in mala fede, ovvero era consapevole che il figlio non era il suo. L'ingiustizia di questa applicazione si è disvelata nei numerosi casi di riconoscimenti di compiacenza fatti da chi si univa ad una donna già con prole. La giurisprudenza, in una serie di decisioni, in alcuni casi rinviando testualmente al principio di buona fede[17], in altri casi rinviando implicitamente ad esso[18], ha dato rilevanza allo stato soggettivo dell'autore del riconoscimento impedendo l'esercizio dell'azione a chi al tempo del riconoscimento fosse consapevole che il figlio non era suo. Altra giurisprudenza ha riconosciuto l'obbligo del risarcimento del danno in favore del figlio nel caso di accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento proposta da

subbiettivo di chi abbia fatto il riconoscimento. Del resto, sotto l'impero del vecchio codice, la dottrina prevalente ha ritenuto che non sia di ostacolo all'impugnativa da parte dell'autore il mendacio del riconoscimento".

[16] Come si è detto è stato infatti abbandonato un progetto iniziale che al contrario attribuiva rilevanza allo stato soggettivo di colui che ha attuato il riconoscimento.

[17] V. al riguardo Trib. Roma, 17 ottobre 2012: «Ritenuto che la buona fede, la correttezza e la lealtà nei rapporti giuridici rispondono a doveri generali, non circoscritti agli atti o contratti per i quali sono richiamate da specifiche disposizioni di legge, e che tali doveri, nella particolare materia del diritto di famiglia, assumono il significato della solidarietà e del reciproco affidamento, ritenuto che, nell'evoluzione del diritto positivo e della sua interpretazione giurisprudenziale, sempre minor rilievo assume il dato formale del rapporto familiare fondato sul legame meramente biologico e la famiglia assume sempre di più la connotazione della prima comunità nella quale effettivamente si svolge e si sviluppa la personalità del singolo e si fonda la sua identità, per cui la tutela del diritto allo status ed all'identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità biologica; ritenuto che la protezione dei diritti individuali della persona ed in particolare del minore - specie nella delicatissima sua fase adolescenziale (art. 264 c.c.) - nella società e nel nucleo familiare in cui questi si trovi collocato per scelta altrui postula le linee guida che devono orientare, oltre al legislatore ordinario, anche l'interprete nella ricerca, nel sistema normativo, dell'esegesi idonea ad assicurare il rispetto della dignità della persona umana; quanto precede ritenuto e premesso, l'interpretazione dell'art. 263 c.c., alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, comunitario ed internazionale e del diritto allo status ed all'identità personale, impone di considerare irretrattabile il riconoscimento avvenuto nella consapevolezza della sua falsità: attribuire la legittimazione ad impugnare il riconoscimento a chi lo abbia in mala fede effettuato o concorso ad effettuarlo, sul piano logico ed effettuale ha la stessa valenza di una revoca, vietata, peraltro, espressamente dalla legge». Un riferimento alla buona fede si rinviene già anche se in termini meno espliciti in Trib. Civitavecchia, 19 dicembre 2008.

[18] V. Trib. Napoli, 11 aprile 2013: «È inammissibile l'azione di impugnazione per difetto di veridicità proposta da chi era consapevole di riconoscere come proprio un figlio altrui»; nei medesimi termini si esprime Trib. Trento 14 novembre 2016.

chi effettuò il riconoscimento nella consapevolezza della mancanza di veridicità[19]. Si tratta di decisioni importanti che, al di là dell'espresso rinvio al principio di buona fede in senso soggettivo, manifestano l'orientamento del sistema verso la prevalenza della tutela dell'affidamento sul principio di verità e quindi assegnano rilevanza alla buona fede, da intendersi anche in senso oggettivo come principio di correttezza che, analogamente a quanto avviene nei rapporti obbligatori, governa i rapporti familiari, tutelando il principio di affidamento sugli *status* familiari. Segni di tale orientamento si rinvengono anche in quelle decisioni che attribuiscono un risarcimento del danno da lesione del diritto all'identità personale in caso di disconoscimento tardivo[20]. Segni ancora di tale orientamento si rinvengono in tema di procreazione medicalmente assistita nella norma che vieta al coniuge o al convivente che ha dato il consenso alla fecondazione eterologa di agire per il disconoscimento o con l'azione di impugnazione per difetto di veridicità[21]. Prima che la legge prevedesse espressamente il divieto di disconoscimento, è interessante ricordare che la Corte di Cassazione lo avesse previsto anche in mancanza di apposita norma, proprio evocando il principio di buona fede e correttezza nei rapporti familiari[22]. Interessanti quelle decisioni della Corte di Cassazione[23] che, al contrario, hanno ammesso il disconoscimento, nel caso di fecondazione eterologa fatta senza consenso e all'insaputa del partner, con un'evidente violazione del canone della lealtà[24]. In particolare

[19] V. Trib. Milano, 6 Giugno 2016.

[20] Cass., 31 luglio 2015, n. 16222. Significativo un passaggio della decisione: «L'identità come tutti i diritti della personalità, si rafforza e si consolida con il passare del tempo. Pertanto, maggiore è il lasso di tempo intercorso tra il riconoscimento e l'impugnazione per difetto di veridicità, maggiore sarà la lesione che ne discende al diritto all'identità personale. Proprio di questa potenzialità lesiva la l. n. 219 del 2012 ha finalmente preso atto, limitando l'imprescrittibilità dell'azione alla sola ipotesi in cui l'azione venga proposta dallo stesso soggetto nella cui sfera giuridica si produrrà il danno».

[21] V. art. 9 l. 40/2004: "Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice".

[22] V. Cass., 16 marzo 1999, n. 2315: «Buona fede correttezza e lealtà nei rapporti giuridici rispondono a doveri generali, non circoscritti agli atti o contratti per i quali sono richiamate da specifiche disposizioni di legge; questi doveri, nella particolare materia dei rapporti di famiglia, assumono il significato della solidarietà e del reciproco affidamento».

[23] V. al riguardo Cass., 28 marzo 2017, n. 7965.

[24] Ritiene che in questo caso debba ritenersi violato l'obbligo di fedeltà, inteso in senso evolutivo rispetto alla nozione tradizionale, T. Auletta, Sub *comma 11*, in C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 572017; d.lgs. n. 672017; d. lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017, p. 141: «Con l'avvento delle

secondo queste decisioni aver fatto la fecondazione eterologa ad insaputa del partner è atto equiparabile ad un "tradimento" e quindi legittima l'azione di disconoscimento della paternità *ex* art. 235 c.c., norma che deve ritenersi applicabile anche alle filiazioni derivanti da fecondazione assistita. Sicuramente, anche se non può condividersi la qualifica quale tradimento, deve condividersi l'idea di fondo che in questo caso vi sia stata una violazione della lealtà tra i *partners* in ordine al progetto di genitorialità, fatto che legittima un'azione di disconoscimento. Nella prospettiva della tutela dell'affidamento vanno collocate le nuove disposizioni in tema di azioni di stato che fissano il termine tombale di 5 anni per l'esercizio delle azioni di stato[25]. Tale termine manifesta la prevalenza che viene data alla tutela dell'affidamento sullo *status* di figlio rispetto alla prevalenza del principio di verità, dando piena tutela al diritto del figlio alla sua identità filiale[26], evitando situazioni quale quella che si era verificata nel 2012[27], prima della riforma, di impugnazione per difetto di veridicità dopo quasi 40 anni dal riconoscimento, in tempi in cui il termine per l'esercizio dell'azione di cui all'art. 263 c.c era ancora imprescrittibile.

3. *La buona fede in senso oggettivo. L'obbligo di lealtà. Distinzione tra fedeltà e lealtà: a) Il difetto di informazione nella fase che precede il matrimonio e l'unione civile*

Con specifico riferimento alla buona fede in senso oggettivo, la prima regola che viene in considerazione è l'obbligo di lealtà. Tale obbligo in materia contrattuale rileva nella fase precontrattuale, imponendo alle parti un dovere di informazione, anche in mancanza di specifici obblighi informativi. In materia familiare è assai difficile individuare un dovere generico di lealtà, come dovere di informare. Tuttavia attenta dottrina e in tempi ormai lontani aveva individuato *un dovere di comunicazione* tra i coniugi, sia nella fase prematrimoniale sia durante il rapporto matrimoniale, avente ad oggetto fatti rilevanti della vita familiare, qualificando tale

pratiche di fecondazione assistita la fedeltà esige anche l'astenersi da quei comportamenti decisi unilateralmente, i quali possono portare alla generazione di un figlio che non sia anche dell'altro (donazione dei gameti, maternità surrogata)».

[25] V. art. 244, c. 4, c.c. con riferimento all'azione di disconoscimento e art. 263, c. 4, c.c. in caso di impugnazione per difetto di veridicità.

[26] Di diritto all'identità personale *tout court* parla Cass., 31 luglio 2015, n. 16222, cit.

[27] Decisa dal Trib. Roma, 17 ottobre 2012, cit.

dovere quale specificazione dell'obbligo di assistenza morale[28]. Inteso quale specificazione dell'obbligo di assistenza morale, tale dovere di comunicazione riguarderebbe oggi non solo i coniugi ma anche gli uniti civili, per i quali è previsto il sorgere dell'obbligo di assistenza morale. Se, al contrario, si volesse qualificare l'obbligo di lealtà, quale specificazione dell'obbligo di fedeltà, si avrebbe il problema dell'omissione di tale obbligo per gli uniti civili[29]. Anche volendo superare tale problema, ritenendo che l'obbligo di fedeltà sia espressione dell'obbligo di assistenza morale[30] e quindi estensibile anche agli uniti civili, è chiaro che la lealtà quale dovere di comunicazione tra i familiari disegna un perimetro più ampio sia rispetto all'obbligo di assistenza morale sia rispetto all'obbligo di fedeltà, qualunque significato a quest'ultima si voglia assegnare[31]. Assistenza morale e fedeltà riguarderebbe solo la coppia[32] , mentre la lealtà avrebbe come destinatari

[28] T. Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità,* Milano, 1978, p. 191 ss.: «L'obbligo di assistenza morale richiede uno scambio di idee e di esperienze atte ad approfondire la conoscenza reciproca. Di conseguenza gli ostacoli interposti da un coniuge all'altro nella conoscenza dei fatti rilevanti della vita familiare, finirebbero con il ripercuotersi negativamente nei confronti dell'altro coniuge il quale ha interesse a conoscerli anche per poter adeguatamente adempiere al suo obbligo di assistenza. Donde l'esigenza che un coniuge non celi all'altro vicende che possano incidere sull'equilibrio e l'armonia familiare o che siano, comunque, rilevanti per la vita familiare. L'ordinamento non solo esclude la tutela dell'interesse di un coniuge al segreto riguardo a tali vicende, ma addirittura pone a suo carico un obbligo di comunicazione a salvaguardia dell'interesse dell'altro coniuge alla conoscenza delle vicende medesime»; T. Auletta, Sub *comma 11*, cit., p. 142. Sul diritto di comunicazione in famiglia, v. le belle pagine di E.V. Napoli, *Comunità familiare e diritto di comunicazione,* in *Dir. fam.* 1983, p. 1159.

[29] Sul significato di questa omissione, v. C.M. Bianca, Sub *comma 1,* in Id. (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 572017; d.lgs. n. 672017; d. lgs. n. 7/2017*, cit., p. 4 ss.; T. Auletta, Sub *comma 11*, cit., p. 142, al quale si rinvia per una sintesi del dibattito; M. Sesta, Sub *art. 1, comma 1,* in Id. (a cura di), *Codice delle unioni civili e delle convivenze,* Milano, 2017, p. 181; L. Olivero, *Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2017, p. 213 ss.; G. Alpa, *Il linguaggio omissivo del legislatore, ivi*, p. 415 ss.

[30] Per questa posizione, v. S. Patti, *Le convivenze di 'fatto' tra normativa di tutela e regime opzionale,* in *Foro it.,* 2017, I, c. 301. *Contra* C.M. Bianca, Sub *comma 1,* cit., p. 4 ss.

[31] Sulla nozione di fedeltà, v. le suggestive riflessioni consegnateci da tempo da M. Paradiso, *La comunità familiare,* Milano, 1984, p. 295: «… il dovere in parola si articola in una serie complessa di comportamenti, di rispetto e di delicatezza, funzionali alla realizzazione di una piena unità familiare»; Id., Sub *Art.* 143 cc., in *Comm. Schlesinger,* 2ª ed., Milano, 2012, p. 62 ss.; Sull'evoluzione del concetto di fedeltà si rinvia alla sintesi di T. Auletta, Sub *comma 11*, cit., p. 140 ss. *Adde* E. Giacobbe, *A. Trabucchi: un 'profeta' inascoltato,* in *Dir. fam.,* 2012, p. 169 ss.; F. Ruscello, *"Appartenenza" e "amore". La fedeltà coniugale tra sacre scritture e codice civile,* in *ivi,* 2011, p. 286.

[32] Dei coniugi e degli uniti civili. Non può affrontarsi in questa sede il dibattito rela-

anche gli altri componenti della comunità familiare[33], come i figli[34]. Inoltre credo che l'obbligo di lealtà, quale esplicazione del dovere di buona fede, ritagli un significato più tecnico, che è quello che si ricava analogamente dalla disciplina del libro IV. In questa accezione più specifica, la lealtà non va genericamente individuata, come sostengono alcuni, nell'assistenza morale, nella fiducia reciproca, ma individua obblighi specifici di informazione e di comunicazione in capo ai soggetti che fanno parte della comunità familiare. Intesa in questo significato più tecnico, quale dovere di informare l'altro familiare, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio, tale obbligo riguarderebbe ogni comunità familiare di carattere stabile, e quindi, non solo la famiglia fondata sul matrimonio o l'unione civile, ma anche la famiglia convivente, indipendentemente dal fatto che per i conviventi non siano configurabili obblighi specifici di assistenza morale e di fedeltà. Se si accoglie questa prospettiva si recupera il significato più profondo della regola di buona fede, quale regola che si applica a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi[35]. Così l'obbligo di lealtà, quale espressione della buona fede impone un dovere di comunicazione che, nella attuale pluralità dei modelli familiari, troverebbe applicazione, ogni qual volta è dato individuare una comunità familiare e un interesse della stessa che si affianca a quello dei singoli partecipanti. In questo significato di lealtà nei rapporti familiari la buona fede ha fatto capolino in giurisprudenza, portando con sé dei corollari interessanti e trovando applicazione anche rispetto ai conviventi.[36]

In una decisione interessante della Corte di Cassazione ormai risalente[37],

tivo all'omissione dell'obbligo di fedeltà tra gli uniti civili (si v. al riguardo la nt. 29). Certamente se si accoglie una nozione ampia di fedeltà intesa come lealtà non potrebbe negarsi che essa spetti anche agli uniti civili, indipendentemente dalla mancanza di un esplicito richiamo normativo.

[33] Sempre interessanti riflessioni sulla nozione attuale di comunità familiare e sulla funzione sociale della famiglia si rinvengono nel bel saggio di M. Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2017, p. 567 ss.

[34] Per questa distinzione tra fedeltà e lealtà, si rinvia a T. Auletta, Sub *comma 11*, cit., p. 142.

[35] V. C.M. Bianca, *Diritto civile,* 4, *L'obbligazione,* Milano, 1993, p. 88: «La buona fede impone al soggetto di preservare gli interessi altrui che non rientrano in una specifica tutela giuridica contrattuale od extracontrattuale". Questa formula, applicata ai rapporti familiari, dovrebbe essere così tradotta: "La buona fede impone al soggetto di preservare gli interessi altrui che non rientrano in una specifica tutela giuridica *familiare*».

[36] V. oltre nel testo.

[37] Cass., 10 maggio 2005, n. 9801: «L'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio, segnati da inderogabilità e indisponibilità, non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro - pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva di tale vincolo - *un obbligo di lealtà, di corret-*

si è riconosciuto il danno endofamiliare (era questa una delle prime decisioni sul tema) a favore di una moglie la quale non era stata avvertita dell'impotenza del marito. In quella decisione la Corte di Cassazione, affermando la responsabilità prematrimoniale per violazione dell'obbligo di informazione[38], ha esplicitamente fatto rinvio all'obbligo di buona fede nei rapporti familiari, obbligo che in questo caso specifico si è tradotto in obbligo di lealtà. In altra e più recente decisione di merito[39], pur ammettendosi la separazione per intollerabilità della convivenza rispetto ad un coniuge che aveva rivelato all'altro la scoperta della propria omosessualità, si è escluso l'addebito, considerando anzi leale il comportamento del coniuge che, senza ancora tradire, avverte l'altro della nuova situazione.

In termini generali discutibile è l'obbligo di informare i propri familiari sul proprio stato di salute. Talvolta il silenzio serve per non ferire l'altra persona o per non arrecarle dispiacere. Si pensi al caso di una figlia che tace alla madre la sua malattia terminale o la madre che tace ai propri figli di essere affetta da una malattia incurabile.

4. *b) il difetto di informazione sullo* status *di genitore*

Il dovere di informazione che si fonda sulla buona fede riprende invece una certa pregnanza quando sono in gioco gli *status,* e in particolare lo *status* genitoriale. Una interessante decisione del Tribunale di Bologna[40] ha riconosciuto l'illecito endofamiliare nel caso di una donna che, dopo aver taciuto al convivente per 7 anni che la figlia non era sua, agisce con

tezza e di solidarietà, sostanziantesi anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente alle proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto. Pertanto è configurabile un danno ingiusto risarcibile allorché l'omessa informazione, in violazione dell'obbligo di lealtà, da parte del marito, prima delle nozze, della propria incapacità *coeundi* a causa di una malformazione, da lui pienamente conosciuta, induca la donna a contrarre un matrimonio che, ove informata, ella avrebbe rifiutato, così ledendo quest'ultima nel suo diritto alla sessualità, in sé e nella sua proiezione verso la procreazione, che costituisce una dimensione fondamentale della persona ed una delle finalità del matrimonio». La decisione è stata commentata da A. Morace Pinelli, in *Giust. civ.,* 2006, I, p. 98 ss.

[38] A questo risultato era giunta la dottrina, ancora prima della Cassazione, v. T. Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità,* cit., p. 192: «L'obbligo di comunicare certi avvenimenti della vita privata sorge a volte anche prima del matrimonio e la sua violazione comporta l'obbligo del risarcimento del danno derivante dall'annullamento del matrimonio».

[39] V. al riguardo Trib. Perugia, 30 maggio 2016.

[40] V. Trib. Bologna, 16 dicembre 2014.

l'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento. Anche in questo caso si è evocato il principio di buona fede e di lealtà nei rapporti familiari (nel caso oggetto della decisione si trattava di due conviventi) principio che viene applicato anche alla convivenza *more uxorio*[41]. Una fattispecie analoga è stata decisa dal Tribunale di Firenze[42]. Anche in questo caso si trattava di una coppia di fatto, in cui la madre aveva taciuto per anni al convivente che la figlia non era sua. Anche in questo caso si è evocato il principio di buona fede[43]. Nelle due fattispecie esaminate, occorre stare attenti a non confondere il danno da nascita con il danno che qui rileva che è quello derivante dall'inganno e dalla lesione di uno specifico diritto all'identità che è quello all'identità genitoriale. In definitiva, come in altre situazioni della vita reale, queste persone avrebbero forse voluto bene lo stesso a questi bambini e forse avrebbero provveduto al loro mantenimento, ma il danno che lamentano è l'inganno, ovvero il fatto di aver fatto loro credere di essere i genitori.

5. *c) il dovere di informazione dei minori adottati e dei minori nati da fecondazione assistita*

Oggi si pone il medesimo problema con riferimento al nato da fecondazione eterologa, non essendovi al riguardo alcun obbligo di informazione da parte dei genitori. Credo che anche in queste delicate situazioni occorre contemperare il diritto del minore ad una serena crescita con il diritto del minore alla verità. Sicuramente il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini ha un contenuto valoriale diverso rispetto al diritto del nato da fecondazione eterologa a conoscere la propria identità genetica, ma l'obbligo di lealtà non cambia e assume la stessa portata. L'obbligo di informazione da parte dei genitori è dovuto non tanto perché

[41] V. al riguardo in motivazione T. Bologna, 16 dicembre 2014, cit.: « ... La relazione affettiva tra conviventi dà vita ad uno speciale contatto dal quale possono sorgere obblighi di correttezza (e di informazione). ... Ecco perchè la violazione di doveri di lealtà e di correttezza tra conviventi nei suoi riflessi sulla libertà di autodeterminazione e sulla assunzione di responsabilità genitoriale può provocare danno ingiusto».

[42] V. Trib. Firenze, 2 febbraio 2015.

[43] V. in motivazione Trib. Firenze, 2 febbraio 2015, cit.: «Assumono rilievo i diritti/doveri derivanti dalla nascita di un figlio ed i reciproci rapporti tra i genitori, anche se non inseriti all'interno di un preciso rapporto matrimoniale, quali quello di lealtà e di informazione, improntati ai principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento (principi generali non circoscrivibili alla sola materia negoziale)».

vi sono ragioni oggettive che possono richiederlo (es. conoscenza di malattie genetiche) quanto perché si tratta di evitare scoperte che possono incidere seriamente sulla serenità della persona adulta, minando il diritto alla certezza della propria identità. Allo stesso modo appare conforme all'obbligo di correttezza informare i propri figli sulle vicende che riguardano la loro venuta a questo mondo, proprio ora che si sono moltiplicate le tecniche di programmazione delle nascite.

Commentando la decisione del Tribunale di Roma sullo scambio di embrioni[44], mi sono chiesta più volte cosa potrebbe succedere se i gemellini scopriranno su Internet la loro storia e se non sia necessaria un'informazione da parte dei loro genitori sulla vicenda giudiziaria, secondo le modalità che essi riterranno opportuna.

L'obbligo di lealtà e di informazione, come è evidente, non ha nulla a che vedere con l'accertamento dello *status* genitoriale o filiale, ma costituisce un valore che deve essere tutelato proprio in rapporti in cui le aspettative e il coinvolgimento della persona sono o dovrebbero essere molto più alti che nel diritto patrimoniale generale.

Sempre con riferimento all'obbligo di lealtà in materia familiare, occorre stabilire se vi sia l'obbligo secondo buona fede di informare i figli adottivi e i figli nati da fecondazione eterologa del modo in cui essi sono venuti al mondo. Tanto nell'adozione come nella fecondazione eterologa, non bisogna confondere questo profilo con quello della identità filiale. Il soggetto adottato e il soggetto nato da fecondazione eterologa hanno solo due genitori e sono nel primo caso i genitori adottivi e nel secondo caso i genitori che hanno dato il consenso alla fecondazione eterologa. Ma è giusto che siano informati sulle proprie origini e ciò fa parte del loro diritto all'identità? Mi sono posta più volte questo quesito. La legge sull'adozione, prima della riforma del 2001, non prevedeva un'informazione del minore da parte dei genitori adottivi. L'art. 28, c. 1, l. 184/1983[45] oggi lo prevede con una formula felice che lascia spazio ai genitori sulle modalità di una comunicazione che è sicuramente estremamente delicata. L'art. 28 l. 184/1983 prevede infatti che "il minore adottato è informato di tale sua condizione ed i genitori adottivi vi provvedono nei modi e nei termini che essi ritengono opportuni". Prima di tale modifica, si poneva comunque il problema se esistesse un obbligo di informazione anche in mancanza di una norma che lo prevedesse. Credo che al riguardo deve utilizzarsi la buona fede

[44] V. M. Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine decisione del tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni,* Nota a Trib. Roma, 20 Agosto 2014, in *Dir. fam.,* 2015, p. 184 ss.

[45] Articolo sostituito dall'art. 24 l. 149/2001.

come obbligo di lealtà nei rapporti familiari. L'informazione sulle proprie origini rappresenta patrimonio del soggetto e della sua identità come il dibattito sul diritto a conoscere le proprie origini ha disvelato.

6. *La buona fede quale obbligo di salvaguardia nei rapporti familiari*

Quanto all'obbligo di salvaguardare l'interesse dell'altro fino al limite dell'apprezzabile sacrificio, quale secondo canone che riempie il contenuto della buona fede in senso oggettivo, non si rinvengono numerose applicazioni giurisprudenziali, anche se tale obbligo, al pari di quello di lealtà, assume una connotazione incisiva e importante nei rapporti familiari in funzione integrativa[46].

Un'applicazione consapevole dell'obbligo di buona fede, inteso come obbligo di salvaguardia, si rinviene in quelle decisioni della giurisprudenza in tema di rottura della convivenza. In una decisione della Cassazione del 2017[47], in cui non era applicabile *ratione temporis* la nuova disciplina della convivenze di fatto (l. 76/2016) che oggi assicura al convivente superstite un diritto di abitazione, si è affermato "che i terzi che vantino un diritto sull'immobile possono concedere al coniuge superstite un congruo termine per la ricerca di una nuova sistemazione abitativa in virtù del principio di buona fede e correttezza" principio "dettato a protezione dei soggetti più esposti e delle situazioni di affidamento". La buona fede e la correttezza era stata già richiamata in altra decisione della Cassazione del 2013 sempre in caso di rottura della convivenza nel rapporto tra i conviventi, e nell'obbligo da parte del convivente-proprietario di concedere all'altro un congruo termine per cercare altra sistemazione[48]. La l. 76/2016, al c. 42, ha risolto parte di questi problemi prevedendo il diritto del convivente superstite

[46] Sulla funzione distributiva che la buona fede potrebbe svolgere nelle unioni di fatto, v. il bel saggio di A. Vercellone, *Oltre le obbligazioni naturali. Poteri privati, distribuzione, regolazione: le unioni di fatto come rapporto negoziale,* in via di pubblicazione in questo volume, che ho potuto consultare anticipatamente grazie alla cortesia dell'A.

[47] Cass., 27 aprile 2017, n. 10377.

[48] V. Cass., 21 marzo 2013, n. 7214 «D'altra parte, l'assenza di un giudice della dissoluzione del *ménage* non consente al convivente proprietario di ricorrere alle vie di fatto per estromettere l'altro dall'abitazione, perché il canone della buona fede e della correttezza, dettato a protezione dei soggetti più esposti e delle situazioni di affidamento, impone al legittimo titolare che, cessata l'*affectio*, intenda recuperare, com'è suo diritto, l'esclusiva disponibilità dell'immobile, di avvisare il partner e di concedergli un termine congruo per reperire altra sistemazione».

di "continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore ai due anni e comunque non oltre i cinque anni". L'obbligo di buona fede potrebbe portare a stabilire un periodo più lungo nel caso di grave malattia del convivente superstite e sempre che gli eredi del convivente deceduto non ne abbiano urgente bisogno al fine di un uso personale. Rimane l'obbligo di buona fede in caso di rottura della convivenza per volontà di uno di essi. Qui la nuova legge nulla prevede ed è sicuramente conforme a buona fede che il convivente proprietario lasci all'altro un periodo congruo per cercare altra sistemazione.

Altri possibili applicazioni dell'obbligo di buona fede possono ipotizzarsi nel caso di regime personale dei coniugi. In questo caso, pur non essendovi un obbligo di cogestione, deve ritenersi conforme a buona fede prendere la gestione anche del patrimonio dell'altro coniuge quando questi si trovi in difficoltà ad amministrare. La stessa soluzione riguarda anche altri modelli familiari, come la convivenza di fatto, nell'ipotesi che i conviventi non abbiano scelto di adottare il regime della comunione legale in sede di redazione del contratto di convivenza[49]. Altra applicazione del principio di buona fede riguarda tutti i casi di affidamento dei figli in caso di separazione. Per esempio, a prescindere dal calendario previsto per la visita dei figli, è sicuramente conforme a buona fede una certa flessibilità che consenta agli ex coniugi di venirsi incontro per prevedere modalità e tempi diversi di frequentazione dei propri figli che vadano oltre quanto previsto dal giudice, sempre che ciò non comporti per ciascuno di essi un apprezzabile sacrificio. Un tale atteggiamento, a prescindere dal riconoscimento di conformità al precetto della buona fede familiare, consentirebbe di attenuare la conflittualità che segue la separazione con un sicuro beneficio dei figli.

In generale una importante funzione integrativa della buona fede potrebbe realizzarsi in tutti gli accordi sull'indirizzo della vita familiare. L'art. 144 c.c. prevede che i coniugi concordano l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia. In dottrina e in giurisprudenza si discute sulla natura di tali accordi. Parte della dottrina afferma la natura negoziale degli stessi, rivendicandone così la vincolatività[50]. Altra parte della dottrina nega la natura negoziale ma afferma la rilevanza giuridica degli stessi e l'efficacia di reciproco impegno[51]. Se si accoglie questa seconda tesi, il

[49] Per la convivenza di fatto, la l. 76/2016 c. 53 ha previsto la possibilità di scegliere il regime della comunione legale.

[50] C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1*, La famiglia,* 5ª ed., Milano, 2014, p. 65, cui si rinvia per una completa bibliografia sul tema.

[51] C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1*, La famiglia*, cit., p. 65.

ruolo della buona fede svolgerebbe un'importante funzione integrativa che assicurerebbe la vincolatività dell'impegno nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio.

7. *Conclusioni*

L'indagine sull'applicazione del principio di buona fede ai rapporti familiari conferma che, nonostante la mancanza di un'espressa previsione normativa, la giurisprudenza, in una serie di interessanti decisioni sia di merito che di legittimità, non solo applica la buona fede ai rapporti familiari ma esplicitamente prevede che si tratti di principio generale la cui portata non può essere limitata al diritto delle obbligazioni e dei contratti. Questa indagine ha mostrato poi la varietà delle conseguenze della violazione del principio di buona fede, dall'impedimento all'esercizio delle azioni di stato, al risarcimento del danno, all'esercizio di azioni di stato nonostante l'espresso divieto normativo (come nelle ipotesi di fecondazione eterologa fatta ad insaputa del partner). Si tratta di rimedi e di conseguenze che sono proprie del diritto di famiglia e che svelano un nuovo e interessante volto del principio di buona fede.

Questa indagine sulla buona fede nei rapporti familiari, al di là del fatto che se ne condividano o meno gli esiti, ha mostrato due importanti prospettive.

La prima prospettiva che assume un'importanza di carattere assiologico è la considerazione dei rapporti familiari quali rapporti di carattere fiduciario che creano un legittimo affidamento e l'applicazione di obblighi di lealtà e di solidarietà, perché sono rapporti che investono la persona nella sua totalità e della persona investono gli aspetti più importanti della identità, quale lo *status* di genitore, lo *status* di figlio. Pertanto, per esempio, l'inganno sull'acquisto di una casa, se pure rilevante, non può essere minimamente paragonato all'inganno sul ruolo di genitore o di figlio, perché in questi ultimi casi viene in gioco la persona nella sua pienezza identitaria. D'altra parte e con riferimento all'obbligo di solidarietà e di salvaguardia, un familiare con il quale si è condiviso un pezzo della nostra vita, non è paragonabile a qualsiasi soggetto debitore di una relazione obbligatoria di carattere patrimoniale. Se si condividono queste premesse, la buona fede e la correttezza si applicano pertanto a qualsiasi modello familiare di carattere stabile, indipendentemente dalle differenze che caratterizzano lo statuto di

ogni modello familiare e che come tali devono essere rispettate.

La seconda prospettiva che è emersa da questa indagine è la costatazione dell'evoluzione del diritto di famiglia da territorio angusto del diritto civile, connotato da regole e da istituti propri, a terreno di indagine e di applicazione privilegiata del diritto civile generale e dei suoi principi fondamentali. Così la migrazione di principi del diritto patrimoniale al diritto di famiglia non si risolve in una mera esercitazione di stile ma è il test per valutare la rinnovata stagione del diritto della famiglia quale diritto civile della persona e dei diritti fondamentali, in cui i partecipanti della comunità familiare sono soggetti che, per il vincolo familiare, chiedono un trattamento quanto meno paritario rispetto a quello di altri contraenti[52].

Infine non nascondo che evocare il principio di buona fede nei rapporti familiare, dato il sicuro fondamento etico di tale principio, riveste un significato profondo per chi continua a credere che la comunità familiare sia il luogo dove, più che altrove, si radica l'*ethos,* da intendersi quale "dimora, luogo in cui l'uomo si stabilisce e, in comunità con altri uomini, si foggia un modo di vivere e di comportarsi"[53].

[52] V. con riferimento alla famiglia di fatto l'indagine di A. Vercellone, Oltre le obbligazioni naturali. *Poteri privati, distribuzione, regolazione: le unioni di fatto come rapporto negoziale*, cit.,

[53] Si rinvia qui alle parole di Luigi Mengoni, contenute in una lettera inviata a Natalino Irti, e da lui pubblicata in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2002, p. 156 e ricordata nel saggio pieno di suggestioni di A. Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?,* cit., p. 169 ss.

Carlos Lasarte

Autonomia privata e norme imperative nelle relazioni familiari contemporanee

Sommario: 1. Introduzione – 2. La famiglia e la parentela in generale – 3. Il diritto di famiglia – 4. Moderni orientamenti del diritto di famiglia – 4.1. Principi costituzionali relativi al diritto di famiglia – 4.2. La legislazione riformatrice del Codice civile spagnolo – 5. Natura delle norme e caratteri del diritto di famiglia – 5.1. L'imperatività delle norme del diritto di famiglia – 5.2. Il dibattito sull'ubicazione sistematica del diritto di famiglia – 5.3. Gli accordi familiari – 5.4. Il senso etico del diritto di famiglia.

1. *Introduzione*

L'ordinamento giuridico italiano, sino alla riforma del diritto di famiglia del 1975, si trovava in una situazione particolare. Nella Carta Costituzionale, fin dal 1948, sono stati inseriti gli articoli 29, 30 e 31 che riconoscevano la piena parità dei diritti e dei doveri fra i coniugi, mentre sul piano della legislazione ordinaria erano ancora in vigore le norme del Codice Civile del 1942, ispirate a un modello autoritario e gerarchico della famiglia nel quale il marito ne era il "capo". La l. 151/1975 ebbe il merito di armonizzare pienamente la legislazione ordinaria con le norme costituzionali.

Pochi anni dopo, in Spagna iniziò una *transizione democratica* esemplare che portò alla redazione della Costituzione del 1978 e, immediatamente dopo, alla nascita di un nuovo diritto di famiglia nel quale veniva eliminata, di colpo, la considerazione del *pater familias* come uno *Zeus Tonante* e si abbandonavano anche tutte le regole del passato, secondo le quali gli altri componenti della famiglia non contavano nulla.

La radicale trasformazione normativa si produsse attraverso le modifiche legali che provenivano dall'assoluta uguaglianza fra donna e uomo (art. 32 Costituzione spagnola), regola, questa, che richiede una trasposizione di tutto l'ordinamento giuridico.

D'altro canto, l'assoluta uguaglianza fra i figli nati nel matrimonio e quelli nati fuori dello stesso, sottopone alla realtà quotidiana un nuovo campo di ricerca delle prove tecniche relative alle linee familiari, alla procreazione e al riconoscimento della paternità. In definitiva, si diede vita a un nuovo sviluppo del diritto di famiglia, una volta spezzata ed eliminata l'autorità del marito sulla donna.

I Codici Civili cercano e dettano le regole interne di attuazione e conciliazione familiare, giacché senza l'accordo dei coniugi è impossibile sostenere l'architettura familiare. Altrimenti, se non c'è il patto familiare di fondo, se non c'è l'accordo privato di convivenza pacifica, di una forma o dell'altra, si profilerà all'orizzonte una crisi coniugale o, addirittura, una crisi familiare globale fino ad arrivare alla distruzione della famiglia come gruppo umano.

Nel nuovo momento normativo è opportuno domandarsi se le regole fondamentali sulla famiglia debbano essere le regole imperative sorte con l'antico legislatore, regole alla cui base c'era la disuguaglianza o, al contrario, il primato normativo corrisponde alle regole interne d'attuazione familiare; ovvero, le regole tra i familiari emerse da un rapporto uomo-donna come accordo basilare e fondamentale all'interno della famiglia.

L'autoregolamentazione degli sposi e di tutti gli altri membri della famiglia fa sì pone in una posizione preminente il principio d'uguaglianza. Da questo punto di vista, l'autonomia privata o la capacità di autoregolamentazione dei membri o componenti della famiglia assume un'importanza assoluta innanzi all'esistenza delle vecchie regole imperative in materia familiare, concludendo che l'imperatività del vecchio diritto di famiglia, in relazione alla possibilità dell'esistenza di una regola interna di autocomposizione familiare, ha cambiato definitivamente di posto.

Infatti, secondo me, l'imperatività e l'autonomia privata si sono trasformate. L'autonomia privata non solo è importante per ognuno di noi (privati) ma anche per tutti coloro che di solito, in passato, sono stati considerati soltanto *i destinatari delle norme esogene* e il proprio legislatore, dopo aver situato donna e uomo sullo stesso piano di uguaglianza, deve cercare di evitare di imporre *ad extra* una norma atipica o *extrafamiliare* che si troverebbe, appunto, in opposizione all'uguaglianza stessa degli esseri umani.

2. *La famiglia e la parentela in generale*

Il gruppo familiare costituisce un dato prenormativo, considerando che le persone e i loro discendenti non hanno mai richiesto, in nessun momento, la previa struttura del diritto di famiglia per costituire, di fatto, un gruppo sociale al quale, tradizionalmente, si attribuisce il nome di famiglia. Essendo un *prius* rispetto al diritto, la famiglia è innanzitutto, un'istituzione sociale che, in quanto oggetto di regolamentazione giuridica, diviene, altresì, istituzione giuridica.

La famiglia, come istituzione sociale, è stata considerata, nei secoli, come un raggruppamento di persone connesse da vincoli coniugali e di parentela o da altre circostanze (adozione, affiliazione, relazione di servitù o vassallaggio) ovvie sotto ogni punto di vista, ma che, a loro volta, dipendono da considerazioni sociologiche, etiche, morali, storiche, le quali determinano l'accettazione sociale di schemi familiari di diversa natura.

Si diceva, per esempio, in alcuni passaggi di uno dei corpi legali basilari del nostro diritto medievale, le *Partidas* (secolo XIII o XIV), che facevano parte della famiglia *il signore della stessa, sua moglie e tutti coloro che vivono a lui subordinati e sui quali egli ha diritto di comandare: quali i figli, la servitù e i domestici (el señor de ella e su mujer e todos los que biuen so él, sobre quien ha mandamiento: assí como los fijos y los sirvientes e los otros criados* -7, 33, 6). Probabilmente, una simile descrizione del gruppo familiare corrispondeva strettamente alla realtà sociologica del momento storico in cui venne emanata tale norma. Inoltre, è certo che la sua entrata in vigore non diede luogo a rivolte cittadine, né a ribellioni nei confronti della Legge e neanche della sua mancata applicazione per disuso.

Qualora la si volesse imporre nell'attualità, una simile struttura della famiglia, estesa e patriarcale, sorprenderebbe tutti (anche nel caso in cui il *paterfamilias* venisse qualificato come *signore*); naturalmente, ciò provocherebbe l'immediato rifiuto sociale, considerando che la famiglia contemporanea si basa, in termini reali, su parametri molto diversi da quelli vigenti nel medioevo. In particolare, l'idea contemporanea di famiglia esige l'esistenza di vincoli coniugali o paraconiugali, generalmente tra uomo e donna, o di un rapporto di parentela, senza i quali - sebbene si conviva sotto lo stesso tetto - difficilmente si potrebbe attribuire ai membri di qualsiasi gruppo la condizione di familiari.

Si potrebbe pensare che quanto appena detto risponda a una rappresentazione assolutamente ingannevole, parziale e interessata del tema, visto che il punto di partenza adottato presuppone la necessità di fare

una premessa in merito ai diversi tipi familiari dovuta semplicemente al trascorrere dei secoli tra le *Partidas* e i tempi attuali. Certamente può essere così, ma potremmo verificare immediatamente come l'evoluzione dell'idea di famiglia e di parentela non richiede sempre tanti secoli per alterare lo *status quo* degli orientamenti accettati o imposti dalle mode, dalla politica, dalla religione o, semplicemente, dalla legge.

Fino agli anni 1978/1981, i cosiddetti figli illegittimi non facevano parte della famiglia di coloro che li avevano procreati, perché così veniva imposto dalle considerazioni sociali e giuridiche formulate in precedenza. È bastato che l'art. 39.2 della Costituzione spagnola del 1978 consacrasse l'assoluta uguaglianza tra i figli nati nel matrimonio e quelli nati fuori dallo stesso, affinché l'intero sistema del codice civile relativo alla filiazione fosse riformato dalla l. 11/1981, dando un nuovo assetto alla relazione tra la famiglia e i figli illegittimi.

Pertanto, l'idea della famiglia riceve, in ogni momento storico, l'influenza di una serie di condizionamenti sociali, difficilmente inquadrata in una nozione concreta che non sollevi problemi di generalizzazione e imprecisione. Per tale motivo, non esiste alcun precetto né nella Costituzione né nella legislazione ordinaria spagnola nel quale si stabilisca, in forma precisa e con carattere generale, *cos'è* una famiglia o *come devono essere le famiglie*. La famiglia è sia il gruppo composto dai genitori con dodici figli sia una vedova con un figlio o una madre separata che ostenta l'esercizio della patria potestà sulle sue due figlie piccole, sebbene in relazione a una norma giuridica concreta vengano stabilite delle condizioni e definiti dei requisiti assolutamente precisi e concreti.

3. *Il diritto di famiglia*

Certamente, il diritto si interessa molto delle famiglie e dei gruppi familiari per evidenti ragioni di organizzazione sociale e di tutela delle persone che hanno bisogno di protezione (con carattere generale, i minori di età e i disabili), attraverso la predisposizione di meccanismi sostitutivi qualora la famiglia non esista o sia insufficiente a tal fine.

L'idea della solidarietà e di assistenza mutua tra i coniugi e i membri della famiglia, in effetti, risolve di fatto molte tensioni sociali esistenti delle quali la struttura politica e quella amministrativa possono ignorare completamente anche l'esistenza.

È chiaro che dalla convivenza familiare e dagli innumerevoli momenti critici esistenti tra i membri di qualsiasi famiglia possono originare simultaneamente numerosi conflitti che richiedono una regola di mediazione giuridica alla quale lo Stato non può rispondere con la tecnica dello struzzo nascondendo la testa sotto la sabbia.

L'insieme delle regole di intermediazione e organizzazione familiare di carattere strutturale si denomina diritto di famiglia e, come sappiamo, esso comprende principalmente i seguenti aspetti:

- la regolamentazione del matrimonio e delle sue possibili situazioni di crisi;
- le relazioni esistenti tra genitori (o progenitori) e figli;
- le istituzioni tutelari nella funzione sostitutiva della patria potestà.

4. *Moderni orientamenti del diritto di famiglia*

Evidentemente, tra i diversi settori del diritto civile, il diritto di famiglia è risultato sottoposto alle riforme più importanti. Qualsiasi osservatore ha conoscenza della grande quantità di innovazioni legislative delle quali il diritto di famiglia è stato oggetto negli ultimi anni e dell'essenzialità di tali riforme.

Il fenomeno è stato particolarmente visibile in Spagna, come conseguenza di due fattori fondamentali dal punto di vista tecnico e storico:

1º La conservazione, praticamente fino a *ieri,* della redazione originaria del Codice Civile del 1889, ispirato ai criteri propri del momento in cui lo stesso è stato redatto, che si potrebbero riassumere ricordando il carattere patriarcale della famiglia, la sottomissione della donna all'autorità del marito e la radicale discriminazione tra figli legittimi e illegittimi.

2º L'approvazione e la promulgazione della Costituzione del 1978 che, dando per accettate le innegabili conquiste sociologiche, consacra i principi relativi alla dinamica familiare assolutamente in contraddizione rispetto a quelli che hanno ispirato i Codici del XIX secolo.

4.1. *Principi costituzionali relativi al diritto di famiglia*

I principi familiari fondamentali della vigente Costituzione sono quelli che seguono:

1º. La Costituzione stabilisce l'assoluta uguaglianza tra l'uomo e la donna per quel che concerne il rapporto matrimoniale (art. 32.1).

2º. Nel dichiarare l'aconfessionalità dello Stato (art. 16.3), la Costituzione presuppone il recupero del potere civile nel regolamentare il matrimonio e ciò, implicitamente, comporta la delega al legislatore ordinario della possibilità dell'esistenza del divorzio.

3º. Come già abbiamo detto in precedenza, la Costituzione stabilisce l'assoluta uguaglianza innanzi alla legge dei figli nati nel matrimonio e di quelli nati fuori dallo stesso e i conseguenti obblighi dei genitori in entrambi i casi (art. 39.2 e 39.3).

4º. Agli effetti della determinazione della fliazione, la Costituzione ordina al legislatore ordinario di regolamentare l'accertamento di paternità (art. 39.2 *in fine*).

4.2. *La legislazione riformatrice del Codice civile spagnolo*

Tali principi sono stati plasmati fondamentalmente mediante le riforme del Codice Civile operate da due leggi dello stesso anno che hanno rappresentato *de facto* la costruzione o l'instaurazione di un nuovo diritto di famiglia basato, per certi aspetti, su presupposti contrari, e spesso antagonistici, a quanto stabilito in precedenza nella redazione originaria del Codice Civile (ci piacerebbe, senz'altro, sottolineare il fatto che questo apprezzamento non implica che il diritto civile sia un settore *particolarmente conservatore,* esclusivamente in senso ideologico, nell'insieme dell'ordinamento giuridico, così come suggeriscono alcuni specialisti di altre discipline che sembrano essere *particolarmente digiuni* della storia del diritto e degli impulsi di rinnovamento legislativo dell'ordinamento giuridico nel suo complesso).

Entrambe le leggi vennero pubblicate nel 1981, sotto il Governo dell'Unione di Centro Democratico (Unión de Centro Democrático), guidato, fino a quell'anno, dal Presidente D. Adolfo Suárez, essendo all'epoca Presidente del Governo D. Leopoldo Calvo-Sotelo:

1.ª La prima è la l. 11/1981 del 13 maggio, *di modifica del Codice Civile, in materia di filiazione, patria potestà e regime economico del matrimonio* (*BOE* del 19 maggio).

2.ª La seconda è la l. 30/1981 del 7 luglio, *per la quale si modifica la regolamentazione del matrimonio nel Codice Civile e si determina il procedimento da seguire nelle cause di nullità, separazione e divorzio* (*BOE* del 20 luglio).

Probabilmente, e senza esagerare, il novanta per cento dei civilisti della Nazione avrebbe *venduto la sua anima al diavolo* per diventare il redattore della premessa o dell'esposizione dei motivi di ognuna delle due leggi che rappresentano la più grande e profonda riforma del Codice Civile dal momento della sua pubblicazione avvenuta nel 1889. Tuttavia, nonostante la sua trascendentale importanza, nessuna delle due leggi ha una premessa, giacché la tensione politica dell'epoca era molto alta e il Governo preferì *l'essenziale all'accessorio (las nueces al ruido).*

Nella nostra opinione, è stata una decisione saggia quella relativa all'adozione della vantaggiosa riforma introdotta attraverso la l. 11/1981 e la l. 30/1981 il cui senso è così forte e chiaro che era di fondamentale importanza portare avanti la riforma come, del resto, si era fatto in tutta l'Europa circostante già da alcuni lustri.

Di seguito, si sono emanate altre leggi che hanno inciso anche su alcuni aspetti del diritto di famiglia, leggi la cui importanza non è neanche lontanamente paragonabile a quella prodotta nel 1981, considerando che non hanno comportato nessuna modifica del sistema familiare instaurato dalle precitate leggi del 1981. Pertanto, ci limiteremo a recensirle (quando verranno menzionate più avanti in questo testo, verrà fatto solamente citando il numero e l'anno), fatto salvo il suo contenuto quando si reputa necessario al resto dell'esposizione:

- l. 13/1983 sulla riforma del Codice Civile in materia di *tutela.*
- l. 21/1987 che ha apportato le modifiche di determinati articoli del Codice Civile e della Legge di Procedura Civile in materia di *adozione.*
- l. 11/1990 sulla riforma del Codice Civile nell'applicazione del *principio della non discriminazione a causa del sesso.*
- l. 35/1994 di modifica del Codice Civile in materia di *autorizzazione del matrimonio civile celebrato dai Sindaci.*
- l. 1/1996 di *protezione giuridica del minore,* di modifica parziale del Codice Civile e della Legge di Procedura Civile.
- l. 40/1999 con la quale si regolano i nomi e i cognomi e l'ordine degli stessi.
- l. 41/2003 relativa alla protezione patrimoniale delle persone disabili.
- l. 42/2003 in materia di relazioni familiari dei nipoti con i nonni.

Invece, in relazione all'importante riforma del 1981, assumono un significato simile la l. 13/2005 del 1 luglio, in materia di *diritto a contrarre matrimonio* e la l. 15/2005, in materia di *separazione e divorzio,* in quanto riformano in profondità l'ordinamento postcostituzionale di tali tematiche.

La prima lo fa regolando il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la seconda lo fa in due modi: abolendo la necessità di affrontare in modo doppio la crisi matrimoniale attraverso la separazione e il divorzio e, poi, sostituendo il sistema causalista delle crisi matrimoniali per la mera decisione, *ad nutum,* dei coniugi interessati.

Le ultime modifiche sono state effettuate dalla l. 54/2007 *di adozione internazionale,* che ritocca l'art. 154 c.c. in materia di patria potestà, e la l. 20/2011 *del Registro Civile,* che modifica l'art. 30 c.c. in materia di acquisizione della personalità delle persone fisiche, oltre a stabilire un nuovo contesto di sviluppo per il Registro Civile. Nonostante ciò, la completa entrata in vigore di questa legge è stata postposta al 30 giugno 2017 dall'articolo 2.10 della l. 19/2015 *di riforma amministrativa nell'ambito dell'Amministrazione della Giustizia e del Registro Civile.*

Nello stesso mese di luglio del 2015, poco prima, venne emanata la l. 15/2015, *della giurisdizione volontaria*, che ha modificato numerosi precetti legali relativi al Diritto di famiglia, come avremo occasione di verificare progressivamente durante la lettura di questa nuova edizione del *diritto di famiglia*.

Analogamente è necessario evidenziare la l. 8/2015 e la complementare l. 26/2015, entrambe con la stessa denominazione ufficiale, *di modifica del sistema di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza,* hanno modificato, nello stesso modo, importanti aspetti relativi ai minori di età.

5. *Natura delle norme e caratteri del diritto di famiglia*

5.1. *L'imperatività delle norme del Diritto di famiglia*

Senz'ombra di dubbio, buona parte delle disposizioni legali e, in ogni caso, di quelle fondamentali che integrano il diritto di famiglia si contraddistinguono per essere norme di carattere imperativo. Quindi, nella relazione esistente tra *ius cogens* e capacità autonormativa degli interessati, generalmente, prevalgono il senso e il significato delle norme di diritto imperativo in relazione al campo, veramente limitato, nel quale l'autonomia privata può esercitare la sua influenza.

È impensabile che i coniugi possano regolarmente configurare lo statuto giuridico del matrimonio a proprio piacimento o che i genitori possano decidere quali sono i loro doveri per quel che concerne i figli (pensando,

per esempio, che questi debbano esser loro riconoscenti per averli messi al mondo), al di sopra delle disposizioni legali o in contraddizione ad esse.

5.2. *Il dibattito sull'ubicazione sistematica del Diritto di famiglia*

In questo senso è tradizionale sottolineare il carattere imperativo del diritto di famiglia in relazione alla generalizzazione del sistema di norme dispositive che, in principio, costituiscono il resto del diritto civile o, in generale, del diritto privato.

Fino a questo punto si è potuta notare l'esistenza di opinioni dottrinali che hanno negato la convenienza dell'appartenenza del diritto di famiglia al diritto civile, sia proponendo direttamente l'incorporazione del Diritto di famiglia al Diritto pubblico, sia suggerendo di creare un taglio sistematico intermedio tra il diritto pubblico e il diritto privato nel quale si dovrebbe ubicare il Diritto di famiglia, in quanto la sua natura civile o privata avrebbe potuto esser negata, considerando la prevalenza delle norme imperative.

Questo dibattito, ovviamente, supera di molto le pretese di questa esposizione e può addirittura risultare controproducente e ingannevole in termini pratici. Pertanto, non verrà sviluppato.

Ci basterà, quindi, evidenziare come in Spagna l'analisi del diritto di famiglia è sempre stata assegnata o attribuita al diritto civile e che, in questo modo, in termini sistematici, lo si deve considerare diritto privato, fatta eccezione per alcune opinioni isolate e, per questo, carenti di rilevanza generale. Difatti, come abbiamo visto nei nostri primi anni di docenza (anni ormai lontani), le situazioni sociali tipiche o le ipotesi istituzionali del diritto civile sono, appunto, la persona, la famiglia e il patrimonio.

5.3. *Gli accordi familiari*

In ogni caso, quel che è certo è che l'esistenza di norme imperative negli aspetti fondamentali del diritto di famiglia (dato indiscutibile che verificheremo passo passo) non comporta l'assoluto sradicamento dell'autonomia privata delle persone tra loro legate da vincoli familiari, visto che, nelle numerose ipotesi conflittuali, le stesse norme esigono e presuppongono, innanzitutto, un accordo o convenzione o patto tra gli interessati (siano essi coniugi che devono determinare il domicilio familiare; siano essi coniugi che devono svolgere le pratiche di separazione o divorzio; siano essi coloro che devono dare gli alimenti o gli sposi che, come conseguenza della separazione o del divorzio, pattuiscono la pensione

corrispondente). Questa linea di sviluppo, come vedremo, si è accentuata profondamente su alcuni degli aspetti del diritto di famiglia, instaurati sulla base di nuovi principi, nelle riforme descritte nel 1981.

Inoltre, l'autonomia privata o la capacità di autoregolamentazione propria dei coniugi svolge (e ha svolto da molto prima del 1981) un ruolo straordinariamente rilevante nell'ambito delle sue relazioni patrimoniali; infatti, il principio base del regime economico del matrimonio ha radici nella libertà di scelta da parte dei coniugi del sistema che considerano preferibile tra i diversi modelli regolamentati dal legislatore o, anche, nella libertà di elaborazione del regime economico-matrimoniale che considerano necessario stabilire.

La tensione esistente tra la generale imperatività delle norme di diritto di famiglia e l'estensione limitata dell'autonomia privata nelle ultime decadi sembra aver cambiato di direzione, visto che la capacità di autoregolamentazione delle aspettative e degli interessi da parte dei membri della famiglia non sarebbe corretto spiegarla ricorrendo alla vecchia tecnica di affermazione che l'imperatività è la regola e l'autonomia privata l'eccezione.

5.4. *Il senso etico del Diritto di famiglia*

D'altra parte, approfondendo di più l'argomento, conviene osservare come il diritto, per quanto molto imperativo possa essere, non può entrare nella famiglia *come un cavallo o un elefante in un negozio di porcellana,* cercando di regolare gli aspetti più intimi, profondi e piacevoli delle persone (supponiamo, definendo le ore del ritorno dei figli *in potestate* i venerdì notte o determinando quante a settimana un coniuge possa reclamare all'altro *l'uso del matrimonio,* come dicevano i vecchi ginecologi per riferirsi all'atto sessuale).

Affrontando adesso il tema in senso inverso, non si può neanche pretendere dai membri della famiglia che le proprie controversie, discussioni o dispute debbano sempre essere risolte da una norma giuridica concreta che ne affronti in modo chiaro e diretto la soluzione e neanche esigere, in modo continuativo e ricorrente, una decisione arbitrale del giudice (o di qualsiasi ispettore statale o funzionario pubblico che si occupi di questa materia).

In realtà, la profondità e la *quotidianità* delle relazioni familiari rendono molto difficile la comprensione del diritto di famiglia come se si trattasse di una normativa sul traffico o sulle condizioni di accesso a uno spettacolo pubblico; infatti, la concezione *de iure condendo* del diritto di famiglia e la

sua posteriore applicazione pratica *de iure condito* presuppongono, almeno come punto di partenza, un'intesa familiare e la comune accettazione di alcuni principi morali o etici che hanno portato tradizionalmente a dar risalto al *contenuto etico del diritto di famiglia.*

Una simile caratterizzazione si può intendere in due sensi diversi. In primo luogo, risulta utile per sottolineare che il diritto di famiglia è il settore dell'ordinamento giuridico nel quale si produce una maggiore influenza dei principi morali o delle convenzioni sociali generalmente accettate dai membri di una comunità politica determinata; infatti, rispetto alla normativa sul matrimonio e sulle relazioni tra padri e figli risulta impossibile girare le spalle alle esperienze sociali, storiche e religiose di qualsiasi struttura statale. Tale ammonimento, diretto in fondo al legislatore che deve operare in questa materia con particolare cautela, prudenza e precauzione nella concretezza normativa del diritto di famiglia, implica, in secondo luogo, che la regolamentazione giuridica della famiglia e gli schemi di condotta seguiti normalmente dalla generalità dei gruppi familiari coincidano.

Da lì, l'ironica osservazione che *dove c'è una famiglia non ha spazio il diritto* e il suo corrisponente che *l'applicazione del diritto suppone la sparizione della famiglia.* Senza alcun dubbio, la maggior parte delle esperienze familiari si svolgono seguendo le linee guida generalmente accettate senza necessità di ricorrere alle norme imperative.

Tuttavia, ciò non significa imputare di superfluità o futilità il diritto di famiglia; evidentemente, l'ordinamento giuridico deve ancora produrre soluzioni per quelle ipotesi in cui manca l'intesa familiare, sia tra i coniugi o tra questi e i propri figli, ipotesi che richiedono l'impiego di mezzi esogeni per superare tali conflitti. Se ci si riflette bene, quanto appena detto, nonostante venga considerato solo in relazione al diritto di famiglia, è una realtà innegabile anche in altri settori del diritto civile (e, in generale, del diritto); infatti l'esistenza dei mezzi contro l'inadempimento degli obblighi o delle azioni protettive dei diritti reali, per esempio, non deve presupporre, necessariamente (o di fatto) che i debitori siano sempre inadempienti per le loro obbligazioni o che generalmente nessuno di loro rispetti la proprietà degli altri. Il diritto di famiglia, così come avviene per molti altri settori dell'ordinamento giuridico, acquisisce particolare rilevanza e significato nelle situazioni di crisi.

Marco Rizzuti

Che cosa rimane delle potestà familiari?

Sommario: 1. Premesse: famiglia e autorità – 2. Dall'autorità alla responsabilità – 3. Autorità di fatto e autorità di diritto nell'odierna realtà delle relazioni familiari.

1. *Premesse: famiglia e autorità*

Il discorso giuridico relativo alle autorità private, cioè ai poteri che un soggetto privato eserciti su di un altro privato, trova un ineludibile punto di riferimento nella configurazione delle relazioni familiari e nella sua storica variabilità. Non a caso l'opera di Cesare Massimo Bianca sviluppava la trattazione del tema proprio a partire da quelle autorità di diritto che avevano tradizionalmente fatto della famiglia la provincia civilistica più refrattaria alla piena operatività del principio di eguaglianza tra i consociati[1].

[1] Il riferimento è naturalmente a C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977. Occorre mettere in rilievo che il volume nacque come approfondimento dell'elaborazione avviatasi con Id., *Eguaglianza dei coniugi e autorità familiari*, in Aa. Vv., *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti di un convegno di studi*, Napoli, 1975, pp. 263-266, in cui si pubblicavano le relazioni e gli interventi svolti nel convegno tenutosi a Napoli il 14-15 dicembre 1973, quando il nuovo diritto di famiglia era solo un disegno di legge: in quella sede si sosteneva che l'autorità maritale era ormai in insanabile contrasto con la Costituzione e la coscienza sociale, mentre la potestà sui figli non doveva solo essere attribuita in misura paritaria anche alla madre, bensì più significativamente ridimensionata nel contesto di una generale revisione delle «*posizioni autoritarie tradizionalmente ammesse nel diritto privato*», tema cui verrà per l'appunto dedicata la successiva opera monografica. Non a caso, è con la trattazione delle potestà familiari, e con una ripresa di quella linea argomentativa, che si apre il capitolo del volume dedicato alle autorità di diritto, in quanto, secondo le sue significative parole di esordio: «*La famiglia è stata indicata come il terreno meno propizio per l'affermazione del principio di eguaglianza*» (Id., *Le autorità private*, cit., p. 9). Del pari, la *Presentazione* del volume, a firma di P. Rescigno, si apre con lo specifico richiamo alla fine dell'autorità maritale ed all'affermazione della regola dell'accordo nelle decisioni familiari (*Ibidem*, p. XI). Può essere interessante notare che negli stessi anni veniva pubblicato nel nostro Paese M. Horkheimer, E. Fromm, H. Marcuse (a cura di), *Studi sull'autorità e la famiglia*, trad. it., Torino, 1974.

Invero, nella sua configurazione più arcaica la *familia* era fondamentalmente l'insieme di mogli, figli e schiavi sottoposti al potere pressoché assoluto di un *pater*[2], come dimostrano anche talune eloquenti connessioni etimologiche[3], ed aveva probabilmente rappresentato la prima

[2] Beninteso, non sarebbe tecnicamente del tutto esatto collocare sul medesimo piano i poteri privati che si esercitavano nei confronti dei *servi*, dei *filii familias* e delle mogli (o meglio in epoca storica della moglie, in quanto la poligamia scomparve dal costume romano già nella prima età monarchica: cfr. A. Gellio, *Notti attiche*, IV, 3, 3). Infatti, se nei confronti di schiavi e figli l'esercizio dello *jus vitae necisque* era incondizionato, ancorché sindacabile da parte dei censori, nei confronti della moglie, che era pur sempre la figlia di un altro *pater*, si giustificava, almeno in teoria, solo qualora ella fosse stata rea di specifiche colpe (veneficio, adulterio, contraffazione delle chiavi); d'altra parte, i *filii familias*, pur non avendo capacità di diritto privato, in quanto, al pari dei *servi*, erano nella migliore delle ipotesi titolari di un *peculium* e potevano anche divenire oggetto di un negozio di compravendita, godevano però di una soggettività di diritto pubblico inconcepibile per gli schiavi. Ciò nondimeno, le tre condizioni erano molto più assimilabili di come potrebbe sembrare alla sensibilità moderna: consideriamo, peraltro, che di norma ad essere ridotti in schiavitù erano le donne e i bambini dei vinti, tanto che *puer* era anche un sinonimo di *servus*; che non di rado gli schiavi adulti venivano manomessi, spesso per testamento, e quindi acquistavano la libertà per effetto della stessa vicenda successoria che consentiva ai figli non emancipati di diventare *sui juris*; che la moglie nel matrimonio *cum manu* entrava nella famiglia *loco filiae*, ed aveva sovente un'età per cui avrebbe in effetti potuto benissimo essere la figlia del marito. Cfr. G. Longo, voce *Patria potestà (dir. rom.)*, in *Nss. D. I.*, XII, Torino, 1957, p. 575 ss.; A.M. Rabello, *Effetti personali della "patria potestas". Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979; P. Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 1980, pp. 37-100; L. Capogrossi Colognesi, voce *Patria potestà (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 243 ss.; G. Lobrano, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, Milano, 1984; P. Voci, *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *Studia*, 1985, pp. 1-67; D. Dalla, *Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica*, in Aa. Vv., *Accademia Romanistica Costantiniana. Atti VII Conv. intern. 16-19 ottobre 1985*, Napoli, 1988, p. 89 ss.; F. Lucrezi, *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli, 1992; S. Longo, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei* filii familias, Milano, 2003; C. Lorenzi, *Si quis a sanguine infantem... conparaverit: sul commercio di figli nel tardo impero*, Perugia, 2003; M. Cavina, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma-Bari, 2007; C.F. Amunátegui Perelló, *Origen de los poderes del paterfamilias: el pater familias y la patria*, Madrid, 2009; S. Longo, *Senatusconsultum Macedonianum: interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano*, Torino, 2012; I. Piro, *Spose bambine: risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana. Dalle origini all'epoca classica*, Milano, 2013; M. De Simone, *Studi sulla patria potestas. Il filius familias 'designatus rei publicae civis'*, Torino, 2017.

[3] È evidente il nesso di *familia* con *famulor* (servire) e *famulus* (schiavo), la cui radice potrebbe essere quella indoeuropea d^heh_1 (cfr. greco τίθημι: porre, disporre, comandare; nonché θέμις: ordinamento, consuetudine): del resto ancora nell'italiano di un paio di secoli fa la "*famiglia*" era la servitù e "*famiglio*" un sinonimo di servo. Correlativamente, *pater* non sembrerebbe avere legami etimologici con la procreazione e sarebbe invece

emersione sia dell'appartenenza in senso diremmo noi privatistico[4], sia dell'autorità nel senso più specificamente politico e pubblicistico del termine[5]. La tradizione giuridica romanistica aveva poi sviluppato tali premesse in una direzione particolarmente autoritaria, anche nel confronto con gli altri popoli antichi[6], nonostante limitate attenuazioni dovute

connesso alla radice **peh₂-* (proteggere, pascere) da cui anche *pasco* e ποιμήν (cfr., G. Lobrano, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, cit., p. 25 ss.), ma potremmo anche ipotizzare un nesso con la stessa radice **pótis* da cui *potestas* (cfr. greco δεσπότης: padrone; sanscrito *páti*: marito), e quindi dedurne che in origine il termine indicasse il titolare del potere più che il genitore, mentre i *nepotes* (cfr. greco ἀνεψιός; sanscrito *nápāt*) sarebbero stati genericamente i sottoposti, privi di tale potere, e solo in seguito una specifica categoria dei discendenti.

[4] Secondo alcuni pensatori il patriarcato avrebbe costituito la struttura originaria della società umana (H. Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, London, 1861; C. Darwin, *The Descent of Man, and Selection in Relation to Sex*, London, 1871; S. Freud, *Totem und Tabu: Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker*, Leipzig-Wien, 1913), mentre secondo un diverso filone si sarebbe trattato piuttosto dell'esito di uno sviluppo collocabile nell'età neolitica, quando agricoltura, allevamento e schiavitù consentirono le prime forme di accumulazione della ricchezza e si pose quindi il problema di una loro trasmissione in via successoria, risolto con la sostituzione all'originaria promiscuità di strutture monogamiche o quantomeno monoandriche che, tramite un'analoga appropriazione delle donne e dei figli, consentissero la tracciabilità della discendenza (L.H. Morgan, *Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*, Chicago, 1877; F. Engels, *Der Ursprung der Familie, des Privateigenthums und des Staats*, Zurich, 1884; J.F. McLennan, *Studies in Ancient History*, London, 1886; G. Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Napoli, 1978 e 1980). Un riflesso di tale vicenda affiora nel mito di Cecrope, primordiale sovrano dell'Attica, il quale avrebbe scoperto che i figli sono procreati non solo dalla madre ma anche dal padre, ed avrebbe quindi privato le donne dei diritti politici ed introdotto il matrimonio monogamico in luogo della previgente κοινογάμια (Ateneo, *Deipnosophistae*, 13, 555c-555d): a parte alcuni tratti leggendari, la vicenda è meno improbabile di come sembrerebbe, se si considera che ancora in tempi recenti alcuni popoli ignoravano l'esistenza di un apporto del padre alla procreazione (cfr. B. Malinowski, *The Father in Primitive Psychology*, New York, 1927).

[5] Secondo un autorevole filone della dottrina romanistica, la *familia* sarebbe stata in origine un organismo politico sovrano ed un embrione dell'aggregato poi sviluppatosi nella *civitas*: cfr. P. Bonfante, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, Roma, 1915; E. Betti, *Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla familia romana*, in *Studia*, 1952, p. 241 ss.; G. Grosso, *Problemi di origine e costituzione giuridica*, in Aa. Vv., *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, Napoli, 1953, I, p. 33 ss. Buona parte della dottrina successiva si è però distaccata da tali impostazioni: cfr. A.M. Rabello, *Effetti personali della "patria potestas". Dalle origini al periodo degli Antonini*, cit., p. 12 ss., per i riferimenti.

[6] Che nessun altro popolo conoscesse un potere paterno con le stesse caratteristiche della *patria potestas* lo notavano sia i giuristi romani (Gaio, *Istituzioni*, 1.55) sia gli autori greci, con toni di ammirazione (Dionigi d'Alicarnasso, Ῥωμαικὴ ἀρχαιολογία, 2.26)

all'influsso dei diritti di quei provinciali che avevano ormai acquisito la cittadinanza, oltre che all'umanitarismo stoico e cristiano[7]. Per il tramite di questa tradizione, la sostanza di una siffatta configurazione delle relazioni familiari era quindi divenuta un tratto caratterizzante dell'*Ancien Régime*, in piena armonia, del resto, con la conformazione profondamente gerarchica ed autoritaria della società feudale[8].

o di critica (Sesto Empirico, Πυῤῥώνειοι ὑποτυπώσεις, 3.211). Ciò che più colpiva nel confronto non era tanto la durezza dei poteri paterni quanto piuttosto la loro durata, che rendeva il figlio di qualunque età incapace sino alla morte del padre, per cui gli imperatori, quando concedevano ad un provinciale l'agognata cittadinanza, si premuravano di escludere l'estensione delle regole romane sulla potestà, a mano che queste non recassero vantaggi ai figli (Gaio, *Istituzioni*, 1.93, su cui cfr. P. Giunti, *Il "best interest of the child". Una conquista del presente in dialogo con il passato*, in G. Conte, S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, II, *Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, Mantova, 2017, pp. 67-76). Beninteso, la ridotta durata media della vita che caratterizzava le società tradizionali poteva rendere tale situazione meno problematica, ma pare che in età arcaica i Romani avessero finito per ritenere necessaria l'obbligatoria soppressione dei sessantenni (cfr. G. Devoto, *L'uccisione dei vecchi e il lessico indoeuropeo*, in H. Kronasser (Hrsg.), Μνήμης Χάριν. *Gedenkschrift P. Kretschmer*, I, Wien, 1956, p. 93 ss.; E. Cantarella, *Come uccidere il padre*, Milano, 2017).

[7] In età imperiale furono promulgate leggi che miravano a contrastare disumani ed antieconomici maltrattamenti degli schiavi (cfr. F. Longchamps De Bérier, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2012) ed a limitare l'esercizio dello *jus vitae necisque* sui *flii familias*; sotto gli Antonini venne meno il potere dei padri di imporre il divorzio ai figli, che ottennero anche il diritto di agire in giudizio per gli alimenti; Valentiniano I e Valente abolirono del tutto lo *jus vitae necisque*; il diritto giustinianeo, influenzato da quelli greci, riconobbe la capacità patrimoniale dei figli, in particolare sui *bona adventicia* ereditati dalla linea materna, lasciandone al *pater* solo l'usufrutto. Con la fine delle guerre di conquista la schiavitù declinò, ma non fu abolita: il Cristianesimo e l'Islam imposero solo il principio per cui, a seconda dei casi, un battezzato o un musulmano non potevano essere fatti schiavi, in sostanza analogo alla regola romana per cui tale sorte non poteva toccare al *civis* e la manodopera servile andava importata dall'esterno. L'influsso dei diritti germanici fece sì che molti Statuti conoscessero l'emancipazione dei figli "*per separatam oeconomiam*" e che secondo varie *Coutumes* l'autorità paterna dovesse cessare con la maggiore età. Durante l'età intermedia furono anche emanati provvedimenti di esplicita abolizione della schiavitù: nel Comune di Bologna, con il *Liber Paradisus* del 1256; in Francia sotto Luigi X nel 1315; nella Repubblica di Ragusa nel 1416.

[8] Ancora nel Settecento italiano i padri avevano il potere di sanzionare i figli "*discoli*" di ogni età, ad esempio quanti non accettassero un matrimonio combinato, non solo con la diseredazione ma anche con l'arresto domestico o l'arruolamento forzato (P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, pp. 46 e 61), mentre i giuristi riconoscevano al marito il diritto di "*verberare sicut puerum infra aetatem*" la moglie (cfr. M. Cavina, *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Roma-Bari, 2011), ed il commercio degli schiavi catturati nei, o importati dai, Paesi islamici era legale, purché controlli notarili garantissero l'origine non cristiana della merce (cfr. S. Bono, *Schiavi: una storia mediterra-*

Le correnti di pensiero che tale conformazione osteggiavano non mancarono, invero, di sottoporre ad un'incisiva critica anche il versante familiare dell'antico autoritarismo[9], ma occorre tener presente che le rivoluzioni e le codificazioni moderne non portarono alla scomparsa quanto piuttosto ad una riconfigurazione dei poteri in discorso. Beninteso, le nuove norme provocarono mutamenti assai significativi nell'assetto

nea (XVI-XIX secolo), Bologna, 2016).

[9] Alla posizione di R. Filmer, *Patriarcha*, London, 1680, che esaltava l'assolutismo monarchico giustificandolo col richiamo a quello familiare, risalente ad Adamo e voluto da Dio, si contrappose J. Locke, *Two Treatises of Government*, London, 1689, il quale, pur non accettando l'eguaglianza tra i sessi, attaccava alla radice tale costruzione, configurando la famiglia come fondata su un accordo volontario, almeno in linea di principio dissolubile una volta raggiunto il suo scopo di cura dei figli, e riteneva che ad ambo i genitori spettasse non un potere assoluto ma una potestà da esercitare nell'interesse dei figli stessi. Una polemica analoga contrappose S. von Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Lund, 1672, che fondava il potere dei genitori nei confronti dei figli sul consenso presunto di questi, e J.B. Bossuet, *Avertissements aux protestans sur les lettres du ministre Jurieu contre L'histoire des variations*, Paris, 1689, che difendeva la tesi autoritaria, evidenziando quanto fosse irrealistica l'idea della stipula di un contratto con un infante in culla. Tra gli illuministi, mentre Voltaire, *Femme*, in *Dictionnaire philosophique portatif*, Genève, 1764, riteneva naturale l'ineguaglianza tra i sessi, secondo J.J. Rousseau, *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, Amsterdam, 1755: «par la loi de nature le père n'est le maître de l'enfant qu'aussi longtemps que son secours lui est nécessaire, qu'au-delà de ce terme, ils deviennent égaux», e N. de Condorcet, *Réflexions sur l'esclavage des nègres*, Neufchatel, 1781, formulava una proposta di progressiva abrogazione della schiavitù coloniale. Il nesso fra autoritarismo familiare e politico trovò, però, la sua più chiara espressione grazie ad un pensatore che a suo tempo era stato messo agli arresti dal proprio padre per aver voluto sposare una donna di famiglia meno nobile, C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1766, § XXVI: «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» (cfr. D. Siciliano, *Il potere dell'insetto e l'insetto del potere. Ovvero: la questione democratica in «dei delitti e delle pene» di C. Beccaria*, in *Quad. fior.* 2015, II, p. 942 ss.). Non è un caso se questo brano campeggia in apertura di una delle principali monografie italiane sul nuovo diritto di famiglia: G. Furgiuele, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979 (su cui cfr. O. Roselli, *"Libertà e famiglia". Oltre i recinti disciplinari: sensibilità costituzionalistica di un civilista*, in G. Conte, S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni,* II, *Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, cit., pp. 211-217; A. Vallini, *Il diritto penale alla prova di "vecchi" e "nuovi" paradigmi familiari*, *ivi*, III, pp. 283-308).

delle relazioni familiari[10], ma, una volta superata la prima fase dell'epoca rivoluzionaria, l'opzione prevalente fu nel senso di una netta riaffermazione dell'autorità del capofamiglia[11], riguardato però come il titolare non già di

[10] All'arrivo delle truppe francesi a Firenze, tra i primi eventi che celebrarono l'affermazione del nuovo regime vi fu un grande corteo di giovani coppie che festeggiavano il nuovo diritto di sposarsi, una volta raggiunta la maggiore età, senza più bisogno del consenso dei genitori (P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, cit., p. 85). L'abolizione della diseredazione, del maggiorascato e dei fedecommessi, assieme all'introduzione di un rigido sistema di tutela dei legittimari, pur ridimensionato dalla reintroduzione napoleonica della quota disponibile (*Ibidem*, p. 86-89, 99-100), tutte riforme certamente funzionali all'obbiettivo politico di frammentare la base patrimoniale della potenza delle grandi casate feudali ed a quello economico di consentire la libera circolazione della ricchezza, ebbero anche, e soprattutto, l'effetto immediato, oggi spesso dimenticato nella ricorrente polemica contro la successione necessaria, di reimpostare i rapporti familiari su basi liberali ed egualitarie. Al contrario, con la Restaurazione, sia i governi sia la letteratura di ispirazione reazionaria dedicarono il massimo sforzo all'esaltazione della patria potestà, nel tentativo, fondamentalmente fallimentare, di annullare tali sviluppi, che saranno poi riconfermati dal Codice Pisanelli (cfr. M. Cavina, *Il potere del padre*, Milano, 1995).

[11] Il periodo giacobino, nel clima segnato dal "parricidio nazionale" del Re e da un conflitto che fu anche intergenerazionale, aveva conosciuto fermenti protofemministi, l'abolizione della schiavitù coloniale e la proclamazione dell'eguaglianza fra tutti i figli, legittimi e naturali, rafforzata dalla sostanziale eliminazione della libertà di testare (cfr. M. Garaud, *La Révolution française et la famille*, Paris, 1978; J. Mulliez, *Révolutionnaires, nouveaux péres? Forcément nouveaux péres! Le droit révolutionnaire de la paternité*, in Aa. Vv., *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?, Actes du colloque d'Orléans*, I, Paris, 1988, p. 373 ss.; S. Desan, *Qu'est-ce qui fait un père ? Illégitimité et paternité de l'an II au Code civil*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, pp. 935-964; Ead., *Family on Trial in Revolutionary France*, Berkeley, 2004; A. Verjus, *Il buon marito. Politica e famiglia negli anni della Rivoluzione francese*, trad. it., Bari, 2012), ma l'ostilità verso tali "eccessi", associati con gli anni del Terrore, emerse già col Termidoro e si affermò con Napoleone, influenzato forse anche dalle "*turqueries juridiques*", cioè dalla simpatia per il diritto di famiglia islamico conosciuto in Egitto (P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, cit., p. 99), e dall'interesse diretto della sua Imperatrice creola al ripristino della schiavitù nelle colonie, ma senz'altro da una *forma mentis* militarista e gerarchica, per cui «le mari doit avoir un pouvoir absolu et le droit de dire à sa femme: "Madame, vous ne sortirez pas, vous n'irez pas à la comédie, vous ne verrez pas telle ou telle personne"» (L. Saada, *Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales*, in *Napoleonica*, 2012, 2, p. 46). Anche in epoca risorgimentale le discussioni che precedettero la redazione del nostro Codice del 1865 videro infine prevalere i fautori della cosiddetta "*famiglia monarchica*" su quelli della "*famiglia repubblicana*", e quindi il mantenimento, che a Venezia ed in altre province fu introduzione *ex novo*, dell'autorizzazione maritale per la validità dei negozi di disposizione patrimoniale della donna coniugata, percepita dai suoi detrattori come una "*schiavitù domestica*" (cfr. P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, cit., pp. 164-165, p. 170 e p. 182; F. D'Alto, *La capacità negata. Forme giuridiche e complessità della persona nella giurisprudenza tra Otto e Novecento*, Torino, 2017).

un potere a carattere dominicale sulle persone di sua appartenenza, ormai tendenzialmente incompatibile col diritto liberale dei rapporti privatistici, incentrato sul dogma dell'eguaglianza formale delle parti, quanto piuttosto di una funzione a carattere pubblicistico da esercitare in nome e per conto del vero protagonista del nuovo ordine giuridico, lo Stato moderno[12]. Fu anche

[12] La formula dell'autorità maritale e paterna come "*magistrature domestique*", derivata da un passo di Seneca, *De beneficiis*, 3.11.2, si affermò, non a caso, con il modello rappresentato dalla codificazione napoleonica (cfr. X. Martin, À tout âge? Sur la durée du pouvoir des péres dans le code Napoléon, in *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1992, p. 227 ss.; Id., *Fonction paternelle et Code Napoléon*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 1996, pp. 465-475; A. Cavanna, *Onora il padre. Storia dell'art. 315 cod. civ. (ovvero il ritorno del flautista di Hamelin)*, in *Riv. stor. dir. it.,* 1994, pp. 27 e ss.; A. Desrayaud, *Le père dans le Code civil, un magistrat domestique*, in *Napoleonica*, 2012, 2, pp. 3-24). Correlativamente i diritti del padre sul patrimonio del figlio, in particolare l'antico usufrutto, potevano essere reinterpretatati come "compenso" per l'esercizio della funzione (cfr. G. Baudry-Lacantinerie, P.D. Loynes, *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile. Delle persone*, trad. it., Milano, 1932, v., p. 176), mentre i suoi abusi potevano essere colpiti con la sanzione della *déchéance*, costruita in via pretoria stante la totale assenza di riferimenti nel *Code* francese prima della riforma del 1889, ed invece codificata in Italia sulla base dei modelli offerti dalla giurisprudenza dell'*Ancien Régime* e dall'*ABGB* austriaco (cfr. C. Demolombe, *Cours de code Napoléon. VI, Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse; de la puissance paternelle*, Paris, 1861, p. 289 ss.; M. Cavina, *Il potere del padre*, cit., p. 152 e pp. 210-229). Lo Stato, peraltro, metteva a disposizione dell'autorità familiare i suoi strumenti repressivi: il padre che non riuscisse a "*frenare la cattiva condotta del figlio*" poteva essere autorizzato dal presidente del tribunale a collocarlo in istituto di correzione (art. 319 c.c.); il marito poteva ottenere l'intervento dell'autorità giudiziaria per costringere fisicamente la moglie che si fosse allontanata dalla casa coniugale a farvi ritorno (cfr. K.S. Zachariae, *Corso di diritto civile*, trad. it., Napoli, 1862, p. 203, nt. 4); non di rado l'internamento in manicomio civile era esplicitamente giustificato con la necessità di reprimere condotte femminili ribelli (A. Valeriano, *Malacarne. Donne e manicomio nell'Italia fascista*, Roma, 2017). Con riferimento alla schiavitù era più arduo abbandonare il paradigma dominicale e proporre una costruzione funzionalistica, ma la sua reintroduzione napoleonica venne giustificata anche argomentando che le condizioni mentali dei neri d'ogni età sarebbero analoghe a quelle dei minori, o delle donne, per cui il loro assoggettamento avrebbe avuto anzitutto uno scopo umanitario di protezione (X. Martin, À tout âge? Sur la durée du pouvoir des péres dans le code Napoléon, cit., p. 232), ed in seguito non mancarono tentativi di difendere la "*peculiar institution*" sudista nell'interesse degli stessi neri, cui avrebbe garantito condizioni di vita migliori di quelle degli operai sfruttati dall'industria nordista (J.C. Calhoun, *Speech in the U.S. Senate, The Positive Good of Slavery*, 6 febbraio 1837; cfr. M.L. Salvadori, *Potere e libertà nel mondo moderno. John C. Calhoun: un genio imbarazzante*, Roma-Bari, 1996). Peraltro, occorre tenere presente come lo *Slavery Abolition Act* inglese del 1833 mantenesse buona parte degli ex-schiavi sotto il potere degli ex-padroni, tramite l'imposizione di uno *status* obbligatorio di "apprendisti", e come tentativi analoghi furono poi messi in atto anche in Virginia, col *Vagrancy Act 1866*, ed in altri ex Stati Confederati sconfitti.

questo aspetto che contribuì ad esaltare la specialità del diritto familiare in ambito civilistico, giacché la nostra dottrina, non potendo più avvalersi del fondamentale paradigma rappresentato dalla proprietà[13], ma nemmeno richiamare i postulati egualitari e volontaristici del diritto contrattuale, finì per tentare di proporre una più coerente ricostruzione dei fondamenti di tale materia facendo riferimento ai concetti propri degli altri più moderni rami della scienza giuridica, come appunto il diritto amministrativo[14] o eventualmente anche quello del lavoro[15].

[13] È significativo come invece nella tradizione giuridica americana, tendenzialmente estranea al modello napoleonico, il riferimento a categorie proprietarie per inquadrare il potere genitoriale sia sopravvissuto sino a tempi molto più recenti: cfr. B.B. Woodhouse, *Who Owns the Child? Meyer and Pierce and the Child as Property*, in 33 *William and Mary Law Review* (1992), p. 995; S. Kilbourne, *The wayward Americans – why the USA has not ratified the UN Convention on the Rights of the Child*, in 10 *Child and Family Law Quarterly* (1998), p. 243; P. Giunti, *Il "best interest of the child". Una conquista del presente in dialogo con il passato*, cit., p. 73.

[14] Il diritto amministrativo si è caratterizzato, sin da origini che coincidono con quelle dello Stato moderno, come il diritto di un potere unilaterale, autoritario ed in certa misura necessariamente paternalistico, quale è quello della Pubblica Amministrazione sui soggetti amministrati. La relazione senatoria al Codice del 1865 faceva propria la formula di matrice napoleonica della potestà come magistratura domestica e, del resto, lo stesso G. Pisanelli collocava il diritto di famiglia in un *tertium genus* a metà fra diritto pubblico e privato (P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, cit., p. 235, nt. 7). Una ancor più accentuata esaltazione del profilo amministrativistico, tale da rendere la materia familiare nettamente autonoma dal diritto privato, si ebbe quindi con l'impostazione di A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914 (rist. Bologna 1978, con *Lettura* di M. Sesta), che concepiva la famiglia come ente pubblico e ravvicinava dunque la potestà familiare all'imperio statale, in quanto potere che origina non dalla volontà contrattuale, ma dal carattere necessario del gruppo, e che si esercita discrezionalmente nell'interesse del gruppo stesso. Tale concezione conobbe quindi un discreto successo sotto il Fascismo, essendo pienamente funzionale alla strumentalizzazione del diritto di famiglia per il raggiungimento di obbiettivi pubblicistici di incremento demografico e di difesa della razza (cfr. P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, cit., pp. 220-232). In un'ottica ben diversa, ritroviamo il richiamo alla più tipica categoria del diritto ammnistrativo italiano in L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 291 ss., che inquadra la posizione dei figli a fronte del potere genitoriale appunto in termini di interesse legittimo.

[15] Nel diritto del lavoro, la cui specialità si fonda su uno squilibrio strutturale tra le parti, hanno sempre avuto un ruolo di rilievo certi elementi più potestativi che contrattuali: la materia, del resto, nella nostra esperienza giuridica era nata dalla rielaborazione ad opera di L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, della *locatio operarum* romanistica, in origine un affitto di schiavi, e la sua prima regolamentazione generale si incentrò sull'art. 2086 c.c. per cui il datore di lavoro è il capo dell'impresa da cui dipendono gerarchicamente i lavoratori. È evidente la simmetria con la definizione del marito quale capo della famiglia, ed è significativo come vi abbia fatto leva la riflessione giuridica sui rapporti familiari: F. Carnelutti, *Accertamento del matrimonio*, in *Foro it.*,

Ciò nondimeno, la critica radicale dei poteri familiari e l'aspirazione ad una piena affermazione dei principi liberali ed egualitari anche in tale ambito sopravvissero a questa battuta d'arresto, per poi portare, non senza asperrimi contrasti, ad un progressivo superamento di tutte le differenti configurazioni giuridiche che detti poteri avevano ricevuto. Si potrebbe riassumere la vicenda osservando come nei secoli che ci separano dall'era delle codificazioni moderne siano state successivamente abolite nell'Ottocento la schiavitù[16], nel

1942, IV, c. 41 ss., in polemica con P. Fedele, inquadrava la fedeltà come diritto reale spettante ad un coniuge sull'altro e lo comparava a quello dell'imprenditore sul lavoratore subordinato, mentre F. Vassalli, *Del ius in corpus, del debitum coniugale e della servitù d'amore, ovverosia la dogmatica ludicra*, Roma, 1944, replicava con un ironico libello in cui ripercorreva tra il serio e il faceto i dibattiti dei giuristi antichi e moderni sulla qualificazione dei rapporti coniugali ora in termini di diritto reale, di servitù o di usufrutto, ed ora in termini di diritto di credito, per esprimere forte scetticismo verso siffatti utilizzi della dogmatica (cfr. S. Caprioli, *La riva destra dell'Adda (invito al Vassalli faceto)*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, pp. 390-432; P. Rescigno, *Postilla*, *ivi*, pp. 433-4435; A. De Cupis, *Ancora una postilla sul Jus in corpus*, *ivi*, pp. 504-509; M.S. Testuzza, *Matrimonio e Codici. L'ambiguo statuto della corporeità*, in *Quad. fior.,* 2013, pp. 281-321).

[16] Se in Francia già secondo la giurisprudenza dell'*Ancien Régime* la schiavitù era ammessa nelle colonie ma proibita sul territorio metropolitano, e nel Massachusetts la Corte Suprema l'aveva dichiarata incostituzionale nel 1783, in Italia essa scomparve soltanto con l'arrivo delle truppe napoleoniche. Ciò nondimeno, ancora in data 29 novembre 1889 si rese necessario un ricorso all'autorità giudiziaria perché venisse riconosciuta la libertà di S. Bakhita, e quindi il suo diritto di farsi suora nonostante l'opposizione di una padrona, che l'aveva comprata secondo il diritto del Sudan, dove il marito esercitava la sua attività d'impresa. Il Congresso di Vienna del 1815, generalizzando lo *Slave Trade Act* inglese del 1807, aveva frattanto sancito l'abolizione universale della tratta e nel corso del XIX secolo i governi liberali delle varie Potenze misero fine anche alla schiavitù coloniale, processo che si era già completato quando l'Italia avviò la costruzione del suo tardivo impero: furono anzi gli italiani a porre fine allo schiavismo in Etiopia. L'ultima abolizione formale della schiavitù, senza contare la sua reintroduzione in una compagine statale di dubbia legittimità internazionale come il cosiddetto Califfato, ha avuto luogo in Mauritania nel 1981. Non si tratta, ad ogni modo, solo di vicende che affondano in un passato remoto: C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 9, nt. 1, discorrendo della tradizionale opinione che inquadra la famiglia tra i gruppi sociali in cui non trova applicazione il principio di eguaglianza "*perché i suoi membri sono legati da un rapporto morale che implica l'integralità della persona*", cita L. Raiser, *Der Gleichheitsgrundsatz,* in *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 1948, p. 91 ss., e ne contesta la credibilità proprio in quanto egli annoverava tra i rapporti in questione pure quello fra padroni e servi.

Novecento l'autorità maritale[17] e col nuovo Millennio la potestà genitoriale[18].

[17] All'indomani della Grande Guerra, quando persino i movimenti protofascisti facevano proprie prospettive radicalmente libertarie e femministe che sarebbero state poi del tutto rinnegate (cfr. C. Salaris, *Alla festa della rivoluzione. Artisti e libertari con D'Annunzio a Fiume*, Bologna, 2008), si ebbero l'abolizione dell'autorizzazione maritale nei rapporti patrimoniali e l'apertura alle donne delle professioni liberali e degli impieghi pubblici con la l. 1176/1919. Ci sembra significativo ricordare come tale riforma si debba a L. Mortara, primo Ministro della Giustizia italiano appartenente a quella confessione ebraica i cui membri sino a pochi decenni prima erano soggetti nella Roma pontificia a pesanti limitazioni di capacità giuridica, ed anche colui il quale da magistrato era stato protagonista di un tentativo di introdurre in via pretoria il suffragio femminile (cfr. M. Severini, *Giulia, la prima donna. Sulle protoelettrici italiane e europee*, Venezia, 2017) ed autore della motivazione di App. Milano, 20 maggio 1911, in *Foro it.*, 1911, I, c. 124, secondo la quale «*Elevare la verginità fisica della donna a qualità essenziale, il cui difetto, se non è stato prima dichiarato, diviene causa di annullamento delle nozze, significa abbassare il matrimonio al livello di un contratto commutativo… nello stesso modo che si soleva nel medioevo subordinare la validità dei contratti di compra-vendita delle schiavette di Levante e di Barberia alla condizione che la giovane fosse 'non fatta', ma 'sana, integra in totis suis membris sine macula*». In seguito, il principio di eguaglianza senza distinzione di sesso, costituzionalizzato nel 1948 sia in termini generali (art. 3 Cost.) sia, in modo più sfumato, con riferimento al coniugio (art. 29 Cost.), avrebbe trovato attuazione con l'apertura alle donne dell'elettorato attivo e passivo nel 1946, dell'accesso alla magistratura con la l. 66/1963, ed infine, con un macroscopico ritardo del diritto privato rispetto a quello pubblico, con l'abolizione dell'autorità maritale nei rapporti personali tra coniugi con la riforma di cui alla l. 151/1975. Si potrebbe forse osservare che nel costume sociale l'autoritarismo familiare era già recessivo, benché con riferimento a gran parte del territorio italiano prima del Sessantotto tale asserzione sarebbe suonata piuttosto gratuita, ma resta il paradosso della posizione, analoga a quella del *filius familias* nell'antica Roma, di una donna che sul piano pubblicistico poteva essere giudice, legislatore o ministro, mentre dal punto di vista privatistico era soggetta a potestà.

[18] Il riferimento è alla riforma di cui alla l. 219/2012, attuata poi con il d. legisl. 154/2013, su cui ci intratterremo ampiamente nel prosieguo. In proposito cfr. E. Al Mureden, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1267 ss.; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 201 ss.; G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 525 ss.; G. Recinto, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam.*, 2013, pp. 1475-1487; R. Pane (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia: la riforma della filiazione*, Napoli, 2014; C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015; A. Arceri, M. Sesta, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger,* Milano, 2016; G. Recinto, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016; A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017.

2. *Dall'autorità alla responsabilità*

Invero, negli anni in cui il volume di Bianca veniva concepito e si completava nel nostro ordinamento il secondo di questi passaggi, già la stessa configurazione dell'autorità di diritto sui minori, o anche sui maggiorenni incapaci, come potestà rappresentava un esito di notevole rilievo progressivo. Si trattava, infatti, di configurarla come potere attribuito non nell'interesse del titolare, quale era stato per secoli nell'antico paradigma dominicale, e nemmeno per il perseguimento di superiori finalità pubblicistiche, come nel successivo paradigma statalistico, bensì funzionalizzato all'esclusivo interesse della persona soggetta al suo esercizio[19]. E, com'è noto, proprio questo era lo specifico significato tecnico del concetto di potestà, in quanto situazione giuridica soggettiva di potere nell'interesse altrui[20].

[19] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., pp. 10-12, ribadiva l'illegittimità di ogni potestà maritale, in quanto la regola costituzionale di eguaglianza dei sessi esclude *in radice* un'incapacità della moglie, nel cui interesse essa andrebbe esercitata; giustificava invece la potestà genitoriale e tutoria, in quanto nell'ordinamento permane una situazione di incapacità dei minori e degli interdetti, precisando però come essa sia attribuita e vada esercitata nell'*esclusivo* interesse dell'incapace, il che rende inammissibili sia l'ipotesi di un potere riconosciuto anche nell'interesse del titolare, sulla base di un'idea di *appartenenza*, sia quella di una sua funzionalizzazione ad un *superiore* interesse di carattere non privatistico. Si trattava in sostanza delle linee portanti della riforma appena entrata in vigore, come espresse, ad esempio, nell'intervento della senatrice F. Falcucci in una delle ultime sedute parlamentari che ne precedettero l'approvazione: "*l'autorità è servizio nei confronti dei figli"* (30 gennaio 1975).

[20] Cfr., per tutti, la collocazione della potestà nel quadro delle situazioni giuridiche soggettive privatistiche in F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 68-70. Nello specifico, sulla potestà nel contesto successivo alla riforma del 1975 e precedente quella del 2012-2013 cfr. F. Giardina, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1352 ss.; M. Giorgianni, *Il controllo sull'esercizio della potestà dei genitori*, *ivi*, 1979, p. 1185 ss.; G. Furgiuele, *Libertà e famiglia*, cit., p. 218 ss.; G. Giacobbe, *Libertà di educazione, diritti del minore, potestà dei genitori nel nuovo diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 695 ss.; S. Ciccarello, voce *Patria potestà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 262 ss.; M. Paradiso, *La comunità familiare*, Milano, 1984; A. Bucciante, voce *Potestà dei genitori*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 774 ss.; M. Giorgianni, *Della potestà dei genitori*, in G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992; C. Cossu, voce *Potestà dei genitori*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 113 ss.; F. Ruscello, *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996; M. Dogliotti, *La potestà dei genitori*, in *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, Milano, 1996, p. 759 ss.; P. Vercellone, *I rapporti genitori-figlio. I doveri di entrambi*, in G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, II, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, Milano, 2002, p. 947 ss.; G. Villa, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Filiazione e adozione*, III, in *Tratt.*

Ai nostri giorni, invece, l'obbiettivo della riforma che ha realizzato il terzo dei menzionati passaggi è divenuto quello di cancellare ogni riferimento alla potestà, così da rimuovere del tutto il momento autoritativo dalle relazioni tra genitori e figli. Al suo posto, la nuova formula codicistica ha previsto una configurazione, più allineata alle categorie del diritto generale delle obbligazioni, in termini di responsabilità. Quello che era stato il titolare di un potere si trasforma dunque in debitore, tenuto all'adempimento di prestazioni di cura, assistenza, mantenimento e così via, dedotte ad oggetto di un'obbligazione *ex lege*. Correlativamente, il figlio, o comunque l'incapace, non è più in posizione di soggezione giuridica ad un potere, sia pure funzionalizzato al suo interesse, ma è creditore di queste prestazioni, che andranno adempiute facendo riferimento alle sue inclinazioni ed aspirazioni[21]. Nel caso di inadempimento dell'obbligazione, in piena conformità con i principi generali, il creditore potrà anzitutto azionare il rimedio risarcitorio, che in tempi non remoti era ritenuto pressoché estraneo alla materia familiare, nei confronti del soggetto responsabile[22].

Bonilini-Cattaneo, Torino, 2007, III, p. 301 ss.; V. D'Antonio, *La potestà dei genitori*, in *La filiazione, la potestà dei genitori, gli istituti di protezione del minore*, IV, in G. Autorino Stanzione (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico*, Torino, 2011, p. 491 ss.

[21] Assume dunque rilievo decisivo non solo e non tanto l'interesse, interpretato e gestito da terzi, ma la volontà personale espressa dallo stesso minore: appare evidente il rovesciamento rispetto alle conclusioni cui giungeva, in tempi non remoti, A.C. Pelosi, *La patria potestà*, Milano, 1965, p. 171, per cui: «*nessun rilievo può attribuirsi di per sé alla autodeterminazione del figlio… non può rinvenirsi un principio generale di tutela della libertà del minore nei confronti dell'investito della patria potestà*». Se, infatti, già l'art. 30, c. 1, Cost. qualificava il ruolo genitoriale anzitutto in termini di dovere, in seguito alla riforma del 2012-2013 il diritto del figlio al rispetto delle sue inclinazioni naturali ed aspirazioni da parte dei genitori è sancito dagli artt. 315-bis, c. 1, c.c. e 316 c.c. Un analogo riferimento al dovere di rispettare le aspirazioni del beneficiario ricorre nell'art. 410, c. 1, c.c. per l'amministrazione di sostegno, la cui introduzione con la l. 6/2004, ha ormai reso residuali le ipotesi, molto più potestative, dell'interdizione e dell'inabilitazione. Le formule del passato sopravvivono invece per la tutela sui minorenni (cfr. L. Lenti, *Note critiche sull'istituto della tutela dei minorenni*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 198 ss.), che non è stata oggetto di riforme sostanziali neanche in occasione dei recenti interventi circa la protezione dei minori stranieri non accompagnati (l. 47/2017), il che non dovrebbe però escludere la possibilità di estendere anche ad essa le nuove impostazioni con gli strumenti dell'analogia *legis* o *juris*.

[22] La giurisprudenza riconosce infatti al figlio il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal genitore che abbia trascurato di adempiere ai suoi doveri: oltre alla casistica relativa al mancato riconoscimento (cfr. *infra*) si può richiamare Trib. Milano, 30 luglio 2014, per l'ipotesi di un padre scomparso dalla vita della figlia dopo il divorzio dalla madre, e quindi condannato al risarcimento *ex* art. 2059 c.c. dei danni da abbandono patiti dalla prima nonché Trib. Roma, 23 dicembre 2017, per il caso di una madre condannata a risarcire il figlio per i danni cagionatigli "postando" immagini e commenti su di lui in una pagina

Questo cambiamento di paradigma si inserisce peraltro in un contesto segnato da ulteriori sviluppi che contribuiscono alla riconfigurazione dei rapporti fra tutti i soggetti della relazione familiare, rovesciando le regole che nel passato ne avevano governato l'instaurazione, l'attribuzione e l'esaurimento.

L'assunzione dell'autorità paterna dipendeva a sua volta dal libero esercizio di un potere privato discrezionale di riconoscimento, in origine con riguardo ad ogni tipo di filiazione, e nelle codificazioni moderne con precipuo riferimento a quella naturale, mentre l'assunzione dei doveri di cura e assistenza connessi al ruolo materno era, almeno in teoria, obbligatoria[23]. Oggi il riconoscimento ha perso ogni connotazione

social. Appartiene, del resto, al passato la concezione per cui «la famiglia è un'isola che il mare del diritto può lambire, ma soltanto lambire» (A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Catania*, 1948/1949, p. 40), e si può dire che la responsabilità aquiliana abbia ormai inondato l'isola in tutta la sua estensione: cfr., oltre al pionieristico contributo di S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, anche quelli più recenti di C. Pilia, *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006; G. Ramaccioni, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 175 ss.; T. Montecchiari, *Violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, Napoli, 2008; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 14 ss.; C. Favilli, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Torino, 2015.

[23] Se anticamente pure nell'ambito della famiglia matrimoniale il *pater* era libero di scegliere se accogliere il figlio, compiendo il rito del *tollere liberos*, oppure esercitare lo *jus exponendi* (cfr. E. Volterra, Voce *Esposizione dei nati, diritto greco e romano*, in *Nss. D. I.,* VI, Torino, 1960, pp. 878-879), in età moderna il dibattito si è concentrato piuttosto sulla filiazione extramatrimoniale. In un contesto in cui l'incertezza sulle origini genetiche ed il connesso rischio di abusi erano tecnicamente ineliminabili, mentre si riteneva che non sussistesse alcun interesse pubblico al riconoscimento dei figli naturali, la cui esistenza rappresentava anzi una minaccia alla stabilità della famiglia (J. Bloquet, «La société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus» (Napoléon), in *Napoleonica*, 2012, 2, pp. 50-73), l'art. 340 del *Code Civil* pervenne alla scelta di massimizzare la libertà del padre di riconoscerli o meno, proibendo, con l'unica eccezione della violenza carnale a fini evidentemente sanzionatori, la ricerca della paternità naturale: giacché altrimenti, osservava A.C. Thibaudeau nei lavori preparatori: "*si esporrebbe la gente dabbene al essere vittima delle pretensioni della prima prostituta. L'uso di questa azione era per lo addietro scandaloso: le leggi che vi hanno posto fine, han renduto servigio ai costumi*" (in A. Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, p. 192, nt. 40). Al contrario, la ricerca della maternità, in cui si poteva fare perno sul dato accertabile del parto e si incideva comunque sulla posizione di una donna in termini generali soggetta a doveri più che titolare di poteri, era libera ai sensi dell'art. 341 del *Code Civil*, senonché le ruote degli infanti ed altri analoghi meccanismi, tollerati per disincentivare infanticidi e aborti, potevano renderla di fatto impossibile. Le medesime scelte furono fatte proprie dal Codice Pisanelli, anche se il confronto con le differenti soluzioni risalenti all'*Ancien Régime* e rimaste in vigore nei codici germanici, che riconoscevano ai figli naturali ancor meno diritti ma ammettevano la

potestativa ed è divenuto un atto esecutivo e doveroso, la cui mancata effettuazione è surrogabile dall'intervento del giudice, e per di più viene sanzionata a livello risarcitorio[24], mentre è semmai soltanto la donna che può liberamente sottrarsi al ruolo genitoriale, in quanto sovrana sul proprio corpo e sulla propria capacità riproduttiva[25].

dichiarazione giudiziale con maggior ampiezza, non mancò di suscitare dibattiti e proposte di liberalizzazione della ricerca della paternità, specie da parte cattolica, in un contesto in cui peraltro naturale era anche la filiazione nell'ambito del matrimonio solo religioso di chi rifiutava quello civile (cfr. M. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerp-Oxford, 2006, pp. 207-208; C.M. Valsecchi, *Padri presunti e padri invisibili. Filiazione e ricerca della paternità nel diritto italiano tra Otto e Novecento*, in O. Fumagalli Carulli, A. Sammassimo (a cura di), *Famiglia e matrimonio di fronte al sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Milano, 2015, pp. 491-512; Ead., *La ricerca della paternità deve essere ammessa. La civilistica postunitaria e le riforme del diritto di famiglia. Questioni di diritto transitorio*, in *Italian Review of Legal History*, 2015, pp. 1-17); su questo sfondo va letto il compromesso suggellato dall'art. 30, c. 4, Cost. che, pur ostando ad un totale divieto di ricerca della paternità, era però compatibile con il sistema di cui all'originario art. 269 c.c., che la limitava ancora fortemente.

[24] Dopo la riscrittura dell'art. 269 c.c. con la riforma del 1975, la ricerca della paternità è libera e, col ricorso ai *tests* genetici, il relativo accertamento è divenuto incomparabilmente più agevole che nel passato, anche perché il rifiuto di sottoporsi ad essi vale come prova della paternità (cfr., *ex multis*, Cass., 6 luglio 2015, n. 13885), per cui il padre non ha alcun margine di libertà in ordine all'effettuazione del riconoscimento. La giurisprudenza, ritenendo che i doveri genitoriali sorgano in ragione del mero fatto della procreazione anche a prescindere dal riconoscimento, condanna al risarcimento dei danni, oltre che al mantenimento del figlio *pro futuro*, il padre che non vi abbia provveduto spontaneamente (cfr., *ex multis*, Cass., 16 febbraio 2015, n. 3079), mentre nega ogni tutela risarcitoria a quello che divenga tale contro la sua volontà, essendo stato ingannato da una donna che si dichiarava infertile (Cass., 5 maggio 2017 n. 10906). D'altra parte, l'uomo non può nemmeno revocare il suo consenso all'impianto di un embrione dopo la fecondazione artificiale (Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294), neanche laddove nel frattempo sia intervenuta la fine del rapporto familiare con la madre (Trib. Roma, 19 luglio 2013). L'unico caso in cui il padre genetico potrà legittimamente sottrarsi ad ogni rapporto giuridico col nato è, invece, rappresentato dalla donazione di gameti nella fecondazione eterologa, liberalizzata da Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162.

[25] La donna, infatti, può rifiutare l'impianto dell'embrione in utero, pur avendo consentito alla fecondazione artificiale (Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151), oppure interrompere la gravidanza oppure ancora partorire in anonimato, nel qual caso il figlio potrà eventualmente accedere ad informazioni sulle sue origini ma non alla costituzione di un rapporto genitoriale (cfr. Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278; Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946; Trib. Milano, 14 ottobre 2015). La giurisprudenza ha escluso che un trattamento così diverso da quello riservato all'uomo possa integrare un'ipotesi di violazione del principio di eguaglianza, che anzi vieta di trattare allo stesso modo situazioni differenti (cfr. Cass., 1 giugno 2017, n. 13880, che richiama i precedenti di Cass., 15 marzo 2002, n. 3793, e di Cass., 18 novembre 1992, n. 12350, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 933 ss., con nota di M. Maggiolo). Pertanto, benché la ricerca della maternità sia teoricamente libera,

La titolarità dell'autorità familiare si concentrava, salvo casi eccezionali, in capo al padre ed era ritenuto fondamentale che un solo soggetto fosse abilitato a prendere, con tempestività ed efficacia, le decisioni connesse all'esercizio di tale potere[26]. Oggi i genitori si trovano entrambi nella medesima posizione di soggetti obbligati all'adempimento dei doveri di cura, una posizione in sostanza analoga a quella che nel passato caratterizzava la madre[27]. Perciò, non si pone tanto un problema di concorso, potenzialmente destabilizzante o addirittura paralizzante, nell'esercizio della stessa autorità, ma emerge piuttosto, come in ogni rapporto obbligatorio, il vantaggio che per il creditore può essere rappresentato dalla presenza di più coobbligati in solido. Ne consegue che i coobbligati, chiamati ad assumere un ruolo genitoriale o para-genitoriale, potranno essere anche più di due, laddove le vicende biografiche del minore o le modalità tecnologiche della procreazione rendano tale soluzione più confacente al suo interesse[28]. Del resto, venuto

le ipotesi in cui la strada della dichiarazione giudiziale è concretamente percorribile sono limitate a casi estremi, come quelli in cui una partoriente non coniugata abbia omesso di riconoscere il nato, ma non nell'esercizio del suo diritto all'anonimato, bensì solo perché deceduta o rimasta in stato di incoscienza in seguito al travaglio.

[26] Ancora nei dibattiti che precedettero l'approvazione della riforma del 1975, come ricorda C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 10, era stata avanzata la proposta di mantenere una qualche forma di prevalenza del padre allo scopo di garantire la permanenza di un potere decisionale che tutelasse l'unità della famiglia, secondo la formula dello stesso art. 29, c. 2, Cost. Si veda al riguardo anche il contributo offerto dal Maestro dello stesso Bianca: M. Giorgianni, *Il governo della famiglia*, in Aa. Vv., *La riforma del diritto di famiglia. Atti del convegno di Venezia svolto presso la fondazione Cini nei giorni 30 aprile - 1 maggio 1967*, Padova, 1967, p. 29 ss.

[27] Il profilo ha una più ampia rilevanza psicologica e sociologica, in un contesto segnato peraltro anche dalla pressoché integrale femminilizzazione dell'istruzione inferiore, per cui si parla sovente di un venir meno della figura del padre come principio verticale: cfr. A. Mitscherlich, *Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft: Ideen zur Sozialpsychologie*, Zürich, 1963; L. Zoja, *Il gesto di Ettore. Preistoria, storia, attualità e scomparsa del padre*, Torino, 2000; R. Infrasca, *Eclisse del padre. Conseguenze individuali e sociali della scomparsa del principio paterno*, Roma, 2011; M. Recalcati, *Cosa resta del padre? La paternità nell'epoca ipermoderna*, Milano, 2011; Id., *Il complesso di Telemaco. Genitori e figli dopo il tramonto del padre*, Milano, 2013; A Polito, *Riprendiamoci i nostri figli. La solitudine dei padri e la generazione senza eredità*, Venezia, 2017.

[28] Vengono in rilievo il diritto del figlio coinvolto in una crisi familiare a conservare il contatto con i parenti di entrambi i rami, ed in particolare con gli ascendenti, ai sensi degli artt. 315-*bis*, c. 2, c.c., 317-*bis* c.c. e 337-*ter* c.c. (cfr. G. Ballarani, P. Sirena, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, I, p. 534 ss.; Cass., 19 gennaio 2015, n. 762), o con il genitore meramente sociale, coniuge o convivente di quello legale e/o biologico (Corte Cost., 20 ottobre 2016, n. 225) nella sempre più frequente ipotesi della cosiddetta famiglia ricomposta (cfr. T. Auletta, *Famiglia ricomposta*

meno il criterio del genere come fondamentale elemento discretivo fra padre titolare di autorità e madre titolare di obblighi, i doveri di cura e assistenza potranno, senza che ciò turbi l'equilibrio del sistema, essere adempiuti anche da coobbligati tutti del medesimo sesso[29].

Allo scopo di superare l'antica incondizionata perpetuità dei poteri dominicali paterni, le codificazioni moderne avevano introdotto il limite della maggiore età, il cui compimento rappresentava dunque per ciascuno un momento di decisiva, e nel suo piccolo rivoluzionaria, modificazione dello *status* personale. Oggi tale passaggio mantiene un rilievo formale tendenzialmente svuotato di buona parte della sua sostanza. Da una parte, infatti, il principio di necessaria considerazione delle aspirazioni del minore, ed il connesso obbligo di ascolto della volontà che egli manifesti, ne valorizzano, anche ad età molto inferiori a quella della capacità di agire in senso codicistico, l'autonomia personale[30]. Dall'altra, invece, i

e obbligo di mantenimento, in *Familia*, 2008, p. 194 ss.; M.G. Stanzione, *Filiazione e «genitorialità». Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010; D. Buzzelli, *La famiglia "composita"*, Napoli, 2012; S. Minervini, *Profili privatistici nella famiglia ricomposta*, Roma, 2014); il diritto del figlio adottato al mantenimento dei rapporti familiari più significativi stabilitisi in precedenza (cfr. E. Ceccarelli, *Adozione e diritto del bambino di mantenere i pregressi rapporti significativi*, in *www.minoriefamiglia.it*, 2010), ed alla continuità affettiva con gli affidatari (l. 173/2015; cfr. P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 602 ss.); il diritto, non ancora compiutamente riconosciuto dal nostro ordinamento, del figlio nato in applicazione di tecniche riproduttive che abbiano coinvolto più di due genitori ad una tutela della relazione con tutti i soggetti in questione (cfr. Com. Naz. Bioetica, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014).

[29] Già L. Mengoni, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in Aa. Vv., *La famiglia crocevia della tensione fra "pubblico" e "privato"*, Milano, 1979, evidenziava come la riforma del 1975 avesse «*comportato l'adozione… di un modello di famiglia senza ripartizione predeterminata di funzioni, con ruoli fungibili e interscambiabili tra i coniugi, alla stregua di una concezione assoluta e rigidamente formale del concetto di eguaglianza*». Oggi, anche se le coppie di persone dello stesso sesso non sono ammesse alla procreazione assistita (art. 5, l. 40/2004) ed è espressamente esclusa un'equiparazione delle unioni civili ai matrimoni per quanto attiene alla materia adottiva (art. 1, c. 20, l. 76/2016), una consolidata giurisprudenza ammette, nell'ambito sia delle unioni civili sia delle mere convivenze di fatto omosessuali, l'adozione del figlio del *partner* (Cass., 22 giugno 2016, n. 12962), nonché la trascrizione, ritenuta non contrastante con l'ordine pubblico, di atti di nascita di minori, nati all'estero ed ivi registrati come figli di due co-madri (Cass., 30 settembre 2016, n. 19599) o di due co-padri (App. Trento, 23 febbraio 2017): cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. Farina, *L'adozione omo-genitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76: ubi lex voluit… tacuit?*, in *Pol. dir.*, 2017, p. 71 ss.

[30] Ai sensi degli artt. 315-*bis*, c. 3, c.c., 316, c. 3, c.c. e 336-*bis* c.c. il figlio che ha compiuto dodici anni, ed anche quello di qualunque età inferiore, se capace di discernimento, ha sempre il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni che lo riguardano, così da poter

doveri genitoriali di assistenza e mantenimento si protraggono anche con riferimento a quella condizione di non autosufficienza economica del maggiorenne che assume oggi rilievo giuridico da vari punti di vista[31], e che tende ormai a prolungarsi ampiamente nel tempo[32].

manifestare quelle aspirazioni che, come si è già ricordato, gli artt. 315-*bis*, c. 1, c.c. e 316 c.c. hanno posto al centro della nuova disciplina della filiazione. È ormai comunemente accettata l'idea che le regole di generalizzata incapacità d'agire, con o senza rappresentanza legale, di cui agli artt. 2, 320 e 591 c.c. riguardino solo il profilo patrimoniale, senza denegare al minore l'esercizio delle libertà di diritto pubblico e dei diritti della personalità: cfr. Santi Romano, *L'età e la capacità delle persone nel diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, ed ora in Id., *Scritti Minori*, II, Milano, 1950, p. 177 ss.; P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 36; P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975; Id., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 447 ss.; M. de Cristofaro, A. Belvedere (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980; F.D. Busnelli, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, p. 54 ss.; F. Giardina, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984; M. Giorgianni, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 103 ss.; M. Cinque, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007; G. Lisella, *La minore età e la capacità di agire*, in Id., F. Parente, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.*, Napoli, II, 1, 2012, p. 222; D. Di Sabato, *Le relazioni economiche del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 699 ss.; F. Giardina, *"Morte" della potestà e "capacità" del figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1609-1620; F. Papini, *Minori di età o minori diritti?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 2, p. 543 ss.; F. Azzarri, *Sull'età per costituire l'unione civile*, in *www.familia.it*, 29 marzo 2017; E. Palmerini, voce *Atto della vita quotidiana*, in *Enc. dir. Annali*, X, Milano, 2017, pp. 83-110; G. Tarli Barbieri, *Votare a sedici anni? Le implicazioni costituzionali nel caso italiano*, in G. Conte, S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, II, *Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, cit., pp. 265-282. Inoltre, la giurisprudenza riconosce la capacità del minore anche per quegli atti patrimoniali che non possano comunque produrre conseguenze sfavorevoli, come la richiesta di risarcimento danni *ex* art. 22 l. 990/1969 (cfr., *ex multis*, Cass., 13 ottobre 2017, n. 24077).

[31] Si osserva che uno dei caratteri distintivi della responsabilità genitoriale rispetto alla potestà consiste nell'assenza di limiti temporali alla durata della prima (E. Al Mureden, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, cit., p. 1267); in particolare l'art. 337-*septies* c.c., nell'ambito della disciplina degli effetti delle crisi familiari sui figli, regola la posizione del figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente (cfr. M.N. Bugetti, *La solidarietà tra genitori e figli e tra figli e genitori anziani*, in *Familia*, 2017, pp. 313-322). La presenza di un figlio in tali condizioni è equiparata a quella di un figlio minore ai fini dell'accesso alle procedure degiurisdizionalizzate di separazione e divorzio (artt. 6 e 12 d.l. 132/2014, convertito con modifiche in l. 162/2014), nonché per quanto riguarda gli effetti, non automatici, sull'assegnazione della casa familiare delle nuove nozze, o nuova convivenza, del genitore collocatario (Corte Cost., 30 luglio 2008, n. 308).

[32] In giurisprudenza abbondano casistiche relative al mantenimento di figli anche ultratrentenni (cfr., *ex multis*, Cass., 9 maggio 2013, n. 11020), ed è ben noto come non di rado le pensioni dei nonni mantengano non solo i figli ma anche i nipoti. Potremmo persino ravvisarvi un ritorno a strutture che ricordano paradossalmente la grande famiglia

3. *Autorità di fatto e autorità di diritto nell'odierna realtà delle relazioni familiari*

Pur a fronte di tante, e così significative, trasformazioni dei paradigmi familiari, resta comunque necessario chiedersi se nell'attuale realtà dell'ordinamento giuridico l'elemento potestativo sia stato davvero rimosso *in toto* dalla relazione genitori-figli. Non sembrerebbe, infatti, così difficile individuarne, a prescindere dal nuovo lessico legislativo, delle significative sopravvivenze a livello sostanziale.

Anzitutto vi è da considerare l'ipotesi meno problematica, in cui non viene in rilievo quell'autorità di una persona su di un'altra persona che è tanto difficile da conciliare con i principi liberali propri della mentalità giuridica moderna, bensì, molto meno drammaticamente, il potere di un soggetto su beni altrui, fattispecie di ovvia ammissibilità tanto se il potere sia conferito nell'interesse del suo titolare, ed assuma allora le forme del diritto di godimento, reale o personale, su cosa altrui, quanto se si tratti invece di un potere di amministrazione attribuito nell'interesse altrui. In quest'ultimo caso si ha dunque la figura del cosiddetto ufficio di diritto privato, o funzione, che il sistema codicistico ci presenta in forma, per così dire, pura nella finitima provincia delle successioni[33], ma in cui, a ben vedere,

patrilocale dell'*Ancien Régime* (cfr. P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, cit., p. 50), precedente l'avvento di quella nucleare e neolocale, affermatasi soprattutto con l'urbanizzazione (cfr. M. Barbagli, *Sotto lo stesso tetto. Mutamenti della famiglia in Italia dal XV al XX secolo*, Bologna, 1984). Si avverte, inoltre, il declinare di quei riti di passaggio (cfr. A. van Gennep, *Les rites de passage*, Paris, 1909) che nel recente passato si connettevano alla maggiore età, dalla leva militare, sospesa per effetto della l. 226/2004, all'esame di maturità, che la l. 425/1997, chiama più asetticamente esame di Stato e che tende a ridursi ad una mera formalità con quote di promossi vicine al 100%, sino allo stesso conseguimento della patente di guida, il cui rilievo esistenziale per i cosiddetti *Centennials*, "nativi digitali", è ormai probabilmente minore di quello dell'accesso ai *social networks* che, sulla base delle regole stabilite dai loro gestori, è di solito consentito all'età di tredici anni.

[33] Si considerino, in particolare, le figure dell'esecutore testamentario, del soggetto passivo di un onere testamentario o di altre più moderne figure di destinazione testamentaria, del curatore dell'eredità giacente, dell'amministratore dell'eredità ed anche del chiamato possessore di beni ereditari, ove si ritenga che i suoi poteri siano conferiti pure nell'interesse di ulteriori soggetti: cfr. L. Gardani Contursi Lisi, *L'esecutore testamentario*, Padova, 1950; M. Trimarchi, voce *Esecutore testamentario (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 408; U. Natoli, *L'amministrazione di beni ereditari*, Milano, 1969; F. Macioce, voce *Ufficio (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 641 ss.; G. Bonilini, *Degli esecutori testamentari. Artt. 700-712*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2005; F. Treggiari, *L'affidamento nell'esecutore testamentario. Dati per una retrospettiva*, in *Trusts*, 2008, pp. 170-178; S.T. Barbaro, *La costituzione testamentaria di patrimoni separati*, Napoli, 2017.

si può ravvisare anche il *proprium* della potestà familiare in senso tecnico-giuridico. Non dovrebbero dunque esservi problemi a qualificare tuttora in termini di potestà il potere genitoriale di amministrazione dei beni dei figli nell'interesse di questi, avendo riguardo all'attività di disposizione negoziale che l'art. 320 c.c. sottopone a regime autorizzatorio, ma anche al quotidiano godimento degli stessi, per cui il testo codicistico continua ad utilizzare il tradizionale riferimento all'usufrutto, discutibile residuo dell'antico paradigma dominicale in cui si trattava di un potere attribuito nell'interesse del genitore titolare[34]. Da questo punto di vista, dunque, il richiamo in via interpretativa al concetto di potestà non rappresenterebbe tanto una sorta di reazionaria nostalgia per autoritarismi che l'ultima riforma vorrebbe vedere superati, quanto piuttosto la modernizzazione di formule che altrimenti ci ricondurrebbero a paradigmi ancor meno compatibili con lo spirito di tale riforma, ed invero anche di quelle precedenti.

Il problema di una possibile sopravvivenza della categoria della potestà si pone però anche con riferimento al ben più delicato ambito dei rapporti personali. Da una parte, infatti, una riforma attuata non tramite la riscrittura integrale delle disposizioni codicistiche interessate alla luce dei nuovi principi, ma con la mera sostituzione del nuovo vocabolo a quello da cancellare, ha prodotto il bizzarro esito della "decadenza" dalla responsabilità genitoriale configurata dall'art. 330 c.c. come sanzione per il suo "abuso". Invero, sul piano logico, si può parlare dell'abuso di un potere, cioè del suo esercizio in maniera non conforme agli scopi per cui l'ordinamento lo ha attribuito al titolare[35], e

[34] Si allude all'usufrutto legale di cui agli artt. 324 ss. c.c. Già secondo C.M. Bianca, *Eguaglianza dei coniugi e autorità familiari*, cit., p. 266, si trattava di un istituto sopravvissuto nel progetto del nuovo diritto di famiglia "*per forza di inerzia*", nonostante il nesso col superato paradigma della "*appartenenza*" del figlio al genitore, per cui sarebbe stata opportuna un'abrogazione "*senza residui*". S. Patti, *Rilievi sull'esercizio della potestà da parte del genitore lontano e sull'usufrutto legale*, in Aa. Vv., *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti di un convegno di studi*, cit., p. 415, aderiva a tale impostazione, segnalando inoltre come l'introduzione dell'obbligo del figlio convivente di contribuire ai bisogni della famiglia rendesse *a fortiori* superfluo l'antico istituto, prospettiva poi ulteriormente sviluppata in Id., *Diritto al mantenimento e prestazione di lavoro nella riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. fam.*, 1977, p. 1364. Più di recente cfr. G. Lisella, *Usufrutto legale e contribuzione filiale al mantenimento della famiglia*, Napoli, 2003; F. Ruscello, *Origini ed evoluzione storica dell'usufrutto legale dei genitori*, in E. del Prato (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, III, Napoli, 2013, pp. 2011-2025; nonché G. Lisella, *Nuova disciplina della filiazione e usufrutto legale dei genitori*, in *Vita not.*, 2017, pp. 1-21, il quale conclude evidenziando come la riforma del 2012-2013 abbia perso l'occasione per abolire, o almeno disciplinare in modo più coerente, un istituto da tempo anacronistico.

[35] L'art. 330 c.c., in effetti, parla proprio di abuso dei poteri relativi alla responsabilità genitoriale, il che per l'appunto sembra tradire la permanenza di una dimensione potestativa

ciò specialmente ove si tratti di potere in una qualche misura funzionalizzato alla realizzazione di certi interessi, mentre non ha senso discorrere dell'abuso di una mera posizione debitoria, in cui può solo darsi il caso dell'inadempimento, al quale dovrebbe peraltro conseguire l'attivazione di una responsabilità, e non invece l'altrettanto incongrua figura della decadenza da questa[36]. Parrebbe, insomma, che il legislatore continui a regolare ipotesi di potere nell'interesse altrui, cioè di potestà, utilizzando però, con buona pace della lingua italiana, una diversa terminologia *politically correct*, senza mutare la sostanza cui i nuovi *nomina* si riferiscono[37]. Dall'altra parte, ad analoga conclusione potrebbero indurre le ulteriori ipotesi in cui il genitore è sanzionato, sulla base di formule legislative o giurisprudenziali che a volte possono apparire residui del passato ma altre volte sono invece nuovissime, per il mancato esercizio di un'autorità da imporre nei confronti del figlio, per evitare lesioni delle posizioni giuridiche

di tale posizione giuridica soggettiva. Sul concetto di abuso del diritto cfr. Salv. Romano, voce *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 166-170; U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.; P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 203 e ss.; C. Salvi, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 2 ss.; nonché i più recenti contributi raccolti in *Diritto Privato*, 1997, volume monotematico *L'abuso del diritto*; in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010; ed in G. Furgiuele (a cura di), *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Napoli, 2017. Con specifico riferimento alla posizione dei genitori cfr. M. Paradiso, *L'abuso della potestà sui figli*, in *Diritto Privato*, 1997, cit., p. 381 ss.; Id., *Potestà, abuso e tutela dei figli*, in T. Auletta (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Milano, 2007, pp. 319-339; F. Ruscello, *Autonomia del genitore, responsabilità genitoriale e intervento "pubblico"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 717 ss.; Id., *Intervento pubblico e decadenza dalla responsabilità genitoriale*, Roma, 2016.

[36] Del resto, con riferimento alla potestà genitoriale si era osservato come la decadenza dalla stessa non facesse venir meno i relativi doveri (N. Folla, *Il genitore decaduto dalla potestà perde i poteri ma non i doveri di assistenza familiare*, in *Fam. dir.*, 2007, pp. 919-925). Esprimono fondate perplessità sulla nuova formula linguistica P. Rescigno, *La filiazione "riformata": l'unicità dello status*, in *Giur. it.*, 2014, p. 5; P. Schlesinger, *Il D. Lgs. N. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 443; F. Giardina, *"Morte" della potestà e "capacità" del figlio*, cit., p. 1613.

[37] Per la tesi di una sostanziale identità di significato tra la potestà genitoriale, come riconfigurata dopo la riforma del 1975, e la "*parental responsibility*" del diritto europeo ed internazionale cfr. F. Ruscello, *Potestà dei genitori versus responsability*, in *"Persona e comunità familiare", Salerno, 28 - 29 settembre 2012, Relazioni*, in *www.comparazionedirittocivile.it*.

di soggetti terzi[38], o per perseguire finalità di rilievo pubblicistico[39], un'autorità di cui dunque il genitore dovrà pur essere considerato giuridicamente munito perché tali sanzioni abbiano una loro giustificazione.

In senso contrario, onde evitare una sostanziale *interpretatio abrogans* della riforma del 2012-2013, si dovrebbe proporre una rilettura di questi, ed altri, spezzoni normativi e massime tralatizie secondo una logica più coerente con l'effettivo superamento del momento autoritativo nel rapporto genitori-figli. Ciò nondimeno, anche a voler dare per buono l'esito di tale operazione interpretativa, resterebbe però ancora un importante profilo di utilità del richiamo alla nozione di potere privato nelle relazioni familiari. In effetti, anche una volta che si fosse davvero rimosso ogni profilo di autoritarietà giuridica, occorrerebbe pur sempre fare i conti col dato sostanziale rappresentato dalla condizione di debolezza del minore, sia sul piano fisiopsichico, com'è particolarmente evidente nei primissimi anni di vita, sia anche su quello economico, in un contesto contrassegnato da un forte squilibrio generazionale nella distribuzione della ricchezza[40],

[38] Si pensi anzitutto alle ipotesi degli artt. 2047 e 2048 c.c., in cui la dottrina tende a rinvenire un residuo della superata concezione gerarchica ed autoritaria della famiglia (cfr. L. Rossi Carleo, *La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 141 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Responsabilità civile e minor età*, Napoli, 1994; L. Airola Tavan, *La responsabilità dei genitori di cui all'art. 2048 c.c. e il dovere di educazione dei figli*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1530 ss.), ma anche alla recente giurisprudenza che sanziona sul piano risarcitorio il genitore che abbia incoraggiato la tendenza del figlio minore a rifiutare il rapporto con l'altro genitore in un contesto di crisi familiare (cfr. Trib. Roma, 11 ottobre 2016; Trib. Cosenza, 18 ottobre 2017).

[39] Si considerino le risalenti sanzioni in materia di inosservanza dell'obbligo di istruzione (art. 731 c.p.), ma anche quelle recentissime che conseguono all'inadempimento del resuscitato obbligo vaccinale (d.l. 73/2017, convertito con modificazioni in l. 119/2017).

[40] T. Piketty, *Il Capitale nel XXI secolo*, trad. it., Milano, 2014, ha posto in evidenza come nel mondo contemporaneo il tasso di rendimento del capitale sia tornato di gran lunga superiore rispetto a quello di crescita dell'economia, invertendo la tendenza affermatasi all'indomani delle guerre mondiali, in seguito alle distruzioni belliche ed all'avvento del *welfare* keynesiano, finendo così per ripristinare un assetto ottocentesco, in cui la ricchezza ereditabile prevale su quella guadagnabile, come nella società, antiegalitaria ed antimeritocratica, che l'autore ama illustrare richiamando le parole del Vautrin di H. Balzac, *Le Père Goriot*, Paris, 1835 (*contra* D. McCloskey, *Measured, unmeasured, mismeasured, and unjustified pessimism: a review essay of T. Piketty's Capital in the twenty-first century*, in 7 *Erasmus Journal for Philosophy and Economics* (2014), pp. 73-115). È ad ogni modo evidente lo squilibrio che si è creato tra, da una parte, le persone che sono state giovani ed attive nei cosiddetti *Trente Glorieuses* 1945-1975, ed hanno quindi potuto accumulare patrimoni e rendite in un contesto in cui la normalità era rappresentata da un lavoro dipendente protetto e garantito o da mercati professionali aperti ed in crescita, oltre che da pensionamenti precoci e generosi, e, dall'altra, quelle che operano oggi in un contesto di crisi economica globale, di lavoro precarizzato e non sindacalizzabile o di mercati professionali saturi, senza concrete prospettive previdenziali, in una posizione che in sostanza risulta, almeno per il momento, socialmente sostenibile

che invero incide pure sulla posizione del maggiorenne non autosufficiente.

Pertanto, proprio il ricorso alla prospettiva di Bianca, che ha ampliato la considerazione delle autorità private ricomprendendovi anche quelle di fatto, potrebbe indurre a ravvisare nell'odierna realtà delle relazioni familiari un ambito caratterizzato da poteri esercitati sul piano fattuale[41]. D'altronde, è innegabile come un siffatto esercizio si manifesti con evidenza almeno in quei contesti, tipici ad esempio delle famiglie migranti, in cui, a prescindere dal loro mancato riconoscimento come tali da parte dell'ordinamento italiano, strutture relazionali autoritarie sono saldamente incardinate a livello sociale e culturale[42]. Non è, del resto, nemmeno detto che tutto ciò possa riguardare solo la relazione genitori-figli, e non anche le altre che in un passato più o meno remoto connotavamo in termini di potestà familiare[43].

solo perché, in buona parte dei casi, vi è comunque alle spalle il sostegno di un patrimonio familiare formatosi nel periodo precedente. Cfr. A. Schizzerotto, U. Trivellato, N. Sartor (a cura di), *Generazioni disuguali. Le condizioni di vita dei giovani di ieri e di oggi: un confronto*, Bologna, 2011; R.A. Ventura, *Teoria della classe disagiata*, Roma, 2017; D. Di Vico, *Nel paese dei disuguali. Noi, i cinesi e la giustizia sociale*, Milano, 2017.

[41] La sistematica di C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., si impernia infatti sulla considerazione, da una parte, delle *Autorità di diritto* nel capitolo II, dedicato alla famiglia, ai gruppi associativi, all'impresa ed agli atti negoziali autorizzativi, e, dall'altra, delle *Autorità di fatto* nel capitolo III, dedicato invece sia a quei poteri fattuali che si manifestano negli stessi ambiti dell'impresa e dei gruppi associativi già precedentemente considerati da un diverso punto di vista, sia anche di quelli che sull'intera società esercitano i grandi monopoli, tramite il controllo dell'informazione e la predisposizione unilaterale dei contenuti contrattuali.

[42] Le cronache e la giurisprudenza penale presentano casi di esercizio fattuale di poteri familiari caratterizzati da una durezza, per noi, inusitata (cfr. N. Folla, *Violenza sessuale e maltrattamenti in famiglia influenzati dal fattore culturale: reato "culturalmente orientato" o regressione dei diritti civili?*, in *Fam. dir.*, 2010, pp. 402-411): peraltro, non sempre si tratta della mera importazione dei modelli comportamentali propri delle culture d'origine, in quanto talvolta si assiste ad un loro, apparentemente paradossale, irrigidimento proprio in seguito all'immigrazione ed alla connessa percezione del rischio di perdere ogni controllo sulla compagine familiare nel contatto ravvicinato col lassismo occidentale. Ad ogni modo, se in tali ipotesi il fenomeno risulta particolarmente evidente, ciò non toglie che l'esercizio fattuale di poteri familiari autoritari possa riscontrarsi anche in contesti nient'affatto connessi con le vicende migratorie.

[43] Così, ad esempio, anche se la schiavitù di diritto è stata abolita negli ordinamenti di tutti gli Stati internazionalmente riconosciuti, ciò nondimeno la globalizzazione economica ed i flussi migratori si accompagnano allo sviluppo di imponenti fenomeni di *human trafficking* nell'ambito degli ordinamenti illeciti, cui il diritto internazionale e quelli statali danno specifica rilevanza, allo scopo di apprestare strumenti di adeguata repressione e di tutela per le vittime (cfr. *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, 3 maggio 2005; *United Nations Global Initiative to Fight Human Trafficking*, 26 marzo 2007; artt. 600 ss. c.p., come modificati dal d. legisl. 24/2014, di attuazione della dir. 36/2011 relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle

Quaranta anni fa la famiglia appariva ancora come l'ambito del diritto privato più tipicamente caratterizzato dalla presenza dei poteri giuridici, e quindi, come si diceva, il naturale punto di partenza per un discorso al riguardo, mentre nel mondo dei rapporti contrattuali, essendo esclusa la ricorrenza del potere di diritto dalla conformazione formalmente egualitaria degli stessi, la problematica del potere privato poteva essere, innovativamente, tematizzata solo col ricorso alla categoria dell'autorità di fatto. Oggi, invece, il potere unilaterale nelle relazioni contrattuali è ormai entrato a pieno nel campo del diritto, che lo riconosce e regola al precipuo fine di impedirne l'abuso[44], mentre nella famiglia l'autorità di diritto è venuta meno, o si sta comunque avviando a venire meno, il che non esclude però che nello stesso ambito possa riconoscersi il ricorrere di un fenomeno potestativo a livello di fatto[45].

vittime). Del pari, l'abolizione dell'autorità maritale non esclude la ricorrenza di forme di violenta sopraffazione che tendano a ripristinarla di fatto nell'ambito degli ordinamenti familiari (cfr. F. Ruscello, *Famiglia e rapporto uomo-donna. Linee evolutive di una relazione ancora in itinere*, in *Dir. fam.*, 2013, pp. 1459-1474), ed anche in questo caso la risposta del diritto statale passa per il riconoscimento della specifica rilevanza del fenomeno (cfr. *Council of Europe Istanbul Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, 11 maggio 2011; l. 4/2018 sul cosiddetto femminicidio). In ambo i casi si vede quanto limitativo sarebbe ritenere di aver già risolto il problema abolendo l'autorità di diritto: come osserva L. Re, *La violenza contro le donne come violazione dei diritti umani. Il ruolo dei movimenti delle donne e il gender mainstreaming*, in G. Conte, S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, II, *Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, cit., p. 172, il primo fondamentale passo nell'affrontare il fenomeno consiste nel guardarlo senza dare per scontato che non vi sia nulla da vedere, senza dunque lasciarlo cadere nell'irrilevanza giuridica del mero fatto.

[44] Com'è noto, sono da anni in vigore normative, per lo più di matrice comunitaria, che regolano la predisposizione unilaterale dei contratti consumeristici (artt. 33 ss. c. cons.), o le situazioni di posizione dominante (l. 287/1990) e di dipendenza economica (l. 192/1998), vietando determinate fattispecie di abuso, il che però indirettamente legittima e giuridicizza le altre forme di esercizio di tali poteri. Si veda in proposito anche la relazione di E. Ferrante in questo *Volume*.

[45] Analogamente, con riferimento all'ambito lavoristico, C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 57, segnalava come, una volta tramontate la concezione gerarchica ed autoritaria dell'impresa, anche familiare, e la connessa configurazione "*padronale*" dei rapporti di lavoro, il tema potesse però ripresentarsi dal punto di vista dei poteri di fatto di cui l'imprenditore, in quanto detentore dei mezzi di produzione, comunque dispone: le conclusioni, nel 1977, erano nel senso di una residualità di tali problematiche, destinate a soccombere al mutamento del costume sociale, allo sviluppo delle grandi imprese spersonalizzate ed al crescente rafforzamento delle organizzazioni sindacali, ma al giorno d'oggi, in un mondo del lavoro sempre più precarizzato, potrebbero essere molto differenti. Più di recente, M. Paradiso, *Potestà dei genitori, abuso e "interesse morale e materiale della prole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 10207 ss., premessa una valutazione critica di quella tendenza verso l'eliminazione della componente di autorità di diritto dalla potestà che

Questa sorta di inversione degli oggetti della classificazione esalta, a ben vedere, l'attualità dell'intuizione sistematica che della stessa stava alla base: anche laddove non sussista un potere di diritto e viga un regime di eguaglianza formale, il giurista deve prendere atto della rilevanza fenomenica dei fenomeni di potere di fatto, soprattutto perché solo così può efficacemente impostare il tema delle tutele nei suoi confronti, che sarebbero altrimenti impossibili da costruire ove si scegliesse di prendere in considerazione soltanto l'illusoria realtà delle mere qualificazioni di diritto[46]. Così, anche quelle norme che abbiamo menzionato come frammenti difficili da conciliare con l'abolizione del potere di diritto potranno, più proficuamente, essere invece valorizzate come profili di emersione della rilevanza di quello di fatto, e della necessaria tutela nei suoi confronti[47].

avrebbe poi portato alla riforma del 2012-2013, avvertiva che «*lo spazio lasciato vuoto dai poteri legittimi viene ben presto usurpato dai poteri di fatto*».

[46] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 56, evidenzia come, di fronte al fenomeno dei poteri di fatto, "*una soluzione in termini di indifferenza giuridica per il fenomeno appare quanto meno semplicistica in relazione alle istanze che emergono dalla realtà sociale e che trovano ora uno specifico spunto nel principio costituzionale di eguaglianza effettiva*". Ulteriori spunti potrebbero venire dalla prospettiva del pluralismo ordinamentale, che C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., pp. 16-22, richiama a proposito dei poteri nei gruppi associativi, facendo esplicito riferimento a Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, e W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, con *Presentazione* di Salv. Romano. Da questo punto di vista, infatti, diviene possibile pervenire a ravvisare nei poteri di fatto la giuridicità propria della "*instaurazione di fatto di un ordinamento privato*" (Salv. Romano, *Ordinamento sistematico del diritto privato,* I, *Diritto obiettivo-Diritto subiettivo*, a cura di F. Romano, Napoli, 1967, p. 193; ma cfr. anche Id., *Osservazioni sulle qualifiche "di fatto" e "di diritto"*, in Aa. Vv., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, IV, 1940, p. 145 ss.; nonché Id., *Presentazione* a E. Finzi, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968).

[47] Così, ad esempio, le sanzioni comminate dalle ricordate discipline in materia di istruzione o di vaccinazioni, o di atti illeciti dei minori, si possono leggere non come residui di un'autorità di diritto inconciliabile col nuovo concetto della responsabilità genitoriale, ma come ragionevoli conseguenze della constatazione che i genitori hanno un controllo di fatto sulle scelte sanitarie, sull'educazione e sulle condotte del figlio, almeno in quei primi anni di vita cui concretamente si riferiscono tali norme, come ci sembra possa dedursi dai calendari vaccinali, dall'interpretazione che ritiene applicabile l'art. 731 c.p. solo alla scuola elementare (Cass., 31 gennaio 2017, n. 4520) e da una ragionevole lettura prospettabile anche per l'art. 2048 c.c., se non vi si vuole ravvisare una responsabilità solidale del gruppo familiare (L. Rossi Carleo, *La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.*, cit., p. 141) che allora però dovrebbe valere per le condotte di tutti i conviventi, anche maggiorenni. Del pari, se la "decadenza" dalla responsabilità genitoriale di cui all'art. 330, c. 1, c.c. può sembrare una sorta di paradosso logico, a meno di riferirla a quella potestà di amministrazione dei beni dei figli con riguardo alla quale l'art. 334 c.c. utilizza il termine rimozione, o di farne tutt'uno con la constatazione dello stato di abbandono *ex* artt. 403 c.c. e 8 l. 184/1983, invece la previsione del successivo c. 2, nonché dell'art. 333 c.c.,

in ordine all'allontanamento dal minore di chi lo maltratta o ne abusa, assume un ben più concreto valore di tutela (analoga a quella di cui agli artt. 342-*bis* e 342-*ter* c.c.) nei confronti dell'esercizio in via di fatto del potere del genitore, o di altro soggetto convivente, che si trovi in una posizione di supremazia nell'ambito della compagine familiare.

Antonio Vercellone

Oltre le obbligazioni naturali
Poteri privati, distribuzione, regolazione:
le unioni di fatto come rapporto contrattuale

Sommario: 1. Introduzione – 2. Quale famiglia di fatto? – 3. Rapporti patrimoniali tra conviventi e autorità private – 4. La famiglia di fatto come rapporto contrattuale – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Era il 1977 quando Cesare Massimo Bianca, ricorrendo al dispositivo delle autorità private, evidenziava come la l. 151/1975 avesse mutato la concezione giuridica della famiglia nel nostro ordinamento: da «terreno meno propizio per l'affermazione del principio di uguaglianza» a «solidale comunanza di vita»[1], in cui le posizioni di autorità - in questo ambito, sempre di diritto - si giustificherebbero solo se esercitate nell'esclusivo interesse di coloro che ne sono assoggettati, come avviene nelle fattispecie di incapacità[2].

La riforma, peraltro, non si è limitata a eliminare quelle posizioni di autorità (ad es. la potestà maritale) ritenute ormai insostenibili alla luce dei principi costituzionali e del mutato sentire sociale, ma ha anche promosso la parità tra i coniugi sotto il profilo sostanziale, come testimoniano - ad esempio - il *favor* verso la comunione dei beni e l'obbligo inderogabile, imposto a entrambi gli sposi, di contribuire ai bisogni della famiglia secondo le proprie sostanze e il proprio lavoro professionale o casalingo (art. 143 c.c).

La questione dell'eguaglianza nella famiglia si ripropone oggi, in un contesto che vede profondamente mutati i termini del problema.

Ed infatti, se è vero che, nel nostro ordinamento, l'eguaglianza delle parti

[1] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 9.
[2] *Ivi*, p. 8 ss.

del *ménage* familiare ha trovato compiuto accoglimento sia nel matrimonio sia nell'omologo istituto recentemente previsto per le coppie omosessuali, d'altra parte occorre evidenziare come matrimonio e unioni civili non esauriscano tutte le ipotesi di famiglia presenti nella nostra società[3].

Nell'attuale contesto, contraddistinto da un marcato pluralismo dei modelli familiari, solo una minoranza delle unioni rispetta l'archetipo della coppia sposata che abita con i propri figli. A questo archetipo si affiancano infatti le più disparate forme di legame, forme tra loro anche molto diverse (omo- ed eterosessuali, plurime e di coppia, sessualizzate e non) ma tutte riconducibili - come si vedrà - entro quella nozione giuridica di famiglia propria delle cc.dd. unioni di fatto. Tutti questi casi implicano, infatti, esigenze di tutela tipicamente "familiari": tali unioni debbono dunque qualificarsi "famiglie" per il diritto[4]. Nel rapporto interno tra le parti, queste esigenze comportano soprattutto la necessità di proteggere il componente economicamente più debole del rapporto nonché colui che investe nel nucleo familiare tutta o gran parte della propria capacità lavorativa. Ebbene: questi bisogni non trovano, al di fuori del matrimonio, un'adeguata protezione.

Rispetto ai nuovi modelli di unione, dunque, il problema delle autorità private si ripropone. Il rischio, infatti, è che posizioni autoritarie ingiustificate, estromesse dal matrimonio con la riforma del 1975, possano fare nuovamente ingresso nel diritto di famiglia - questa volta sotto forma di autorità di fatto - nell'ambito delle convivenze non matrimoniali.

A questo problema, nonché alle soluzioni che ad esso può offrire una concezione contrattuale della famiglia di fatto, capace di superare l'ormai obsoleta tesi delle obbligazioni naturali nei rapporti patrimoniali tra conviventi, sono dedicati i paragrafi che seguono.

[3] Si potrebbe peraltro argomentare che il percorso verso l'eguaglianza non sia giunto a compimento effettivo neppure nel matrimonio. Sul punto, per tutti, si veda M.R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari tra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 2010, pp. 233-272.

[4] La letteratura in materia di pluralismo delle forme familiari è sterminata, soprattutto in Nord America. Per un primo inquadramento, nella prospettiva dei *socio-legal studies*, si veda: E. Scott, R. Scott, *From Contract To Status: Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationship*, in *Columbia Law Review*, 2015, pp. 293-374. Sul pluralismo dei modelli familiari in una prospettiva sociologica, V.C. Saraceno, M. Naldini, *Sociologia della famiglia,* Bologna, 2013. Ma si veda anche, con specifico riferimento al poliamore, E. Grande, *Il poliamore, i diritti, il diritto,* in Id., L. Pes (a cura di), *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Torino, 2018, pp 185-206 nonché, nello stesso volume, L. Pes, *Il paradigma dell'esclusività nelle relazioni affettive: riflessioni intorno a poliaffettività e diritto*, pp. 161-183.

2. *Quale famiglia di fatto?*

Prima di affrontare la vicenda delle autorità private nelle unioni non matrimoniali occorre delimitare i contorni del fenomeno e, dunque, chiarire, con la dovuta precisione, cosa si intende per famiglia di fatto. Sul punto, è curioso notare come il dibattito giuridico, abitualmente impegnato in discussioni qualificatorie, abbia per lungo tempo omesso di affrontare la questione, affidandosi a ricostruzioni tutto sommato approssimative; ricostruzioni che, come si vedrà, hanno dato luogo a non indifferenti equivoci e a numerose aporie.

La narrativa tradizionale, infatti, vorrebbe che, ove due persone vivano insieme *come fossero sposate*[5], l'assimilabilità di una tale situazione di fatto alla forma giuridica della famiglia legittima imponga al diritto di intervenire per riconoscere l'unione, e ciò al fine di accordarvi un nucleo minimo di tutele. La storia solitamente continua evidenziando come, sulla base di questo argomento, una lunga evoluzione giurisprudenziale e legislativa abbia lentamente individuato alcuni diritti e doveri applicabili ai conviventi *more uxorio* (nozione che si è di recente allargata fino a ricomprendere anche le coppie omosessuali), diritti e doveri oggi cristallizzati, con alcune aggiunte, in un organico testo normativo: la seconda parte della l. 76/2011 (c.d. legge Cirinnà).

Ecco dunque la famiglia di fatto: mimesi in fatto, appunto, della coppia sposata, dalla quale si distinguerebbe soltanto per la mancata formalizzazione del vincolo e alla quale, per questo motivo, il diritto riconosce talune (limitate) prerogative.

Alcune recenti ricostruzioni mettono tuttavia in crisi questa impostazione.

Differenti studi suggeriscono, infatti, che la *ratio* alla base dell'elaborazione giurisprudenziale e legislativa precedente all'emanazione della nuova legge sia tale da accogliere anche le unioni plurime, poliamorose o poligamiche, e mostrano come una tale *ratio* individui una nozione di famiglia indifferente non solo al genere ma anche al numero dei soggetti coinvolti nel rapporto[6].

[5] L'espressione ricalca il titolo di uno dei primi e più autorevoli studi sulla convivenza di fatto. Il riferimento è, chiaramente, ad A.C. Jemolo, *Convivere come coniugi,* in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 407.

[6] Sul punto, sia consentito il rinvio a A. Vercellone, *Più di due. Unioni plurime e convivenze: verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2017, pp. 607-637; mi pare sia questa l'impostazione riscontrabile anche in M. Rizzuti, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione,* Napoli, 2016, pp. 178-207. Con particolare riferimento ai contratti di convivenza, v., anche, P. Sirena, *Sub commi 57 – 58*, in C.M Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze*,

Tralasciando per un attimo le difficoltà che questo approccio determina in punto coordinamento tra vecchio assetto e nuova disciplina - difficoltà tutte risolvibili e sulle quali si tornerà a breve - ciò che occorre rilevare è come esso finisca per smentire una ricostruzione che vorrebbe l'intero fenomeno della famiglia di fatto appiattito sulla nozione di convivenza *more uxorio*. Infatti, se la ricca elaborazione che ha dato origine all'istituto consente di aprire anche alle convivenze plurime, il suo fondamento ultimo non può certamente rinvenirsi nell'assimilabilità strutturale tra famiglia di fatto e coppia sposata, posta la necessaria bilateralità del rapporto di coniugio[7].

La verità è dunque un'altra.

Una più attenta analisi di quell'elaborazione legislativa e giurisprudenziale a cui si è appena fatto cenno, svela che la *ratio* alla base delle regole che ne costituiscono il frutto non ha nulla a che vedere con l'equivalenza strutturale tra un particolare fenomeno sociale e una fattispecie astratta prevista *ex lege*. Essa è piuttosto connessa alle esigenze di tutela che discendono dal fatto in sé della convivenza tra due o più persone, convivenza che va intesa nel suo significato etimologico (non di mera coabitazione ma) di instaurazione di una comunione di vita[8].

In altre parole, l'interpretazione teleologica dell'assetto elaborato prima dell'entrata in vigore della legge Cirinnà, assetto che, come si dirà a breve, la nuova legge non ha in alcun modo abrogato, ne svela un ambito soggettivo di applicazione capace di abbracciare qualsiasi unione che attui, tra i suoi componenti, un vincolo stabile di sostegno morale e materiale, a prescindere da come un tale vincolo, concretamente, si strutturi[9]. Emerge così una nozione di famiglia (di fatto) articolata e flessibile, capace di includere ogni forma di legame purché dotata di un certo livello di stabilità, comprese quelle la cui struttura devia notevolmente dall'archetipo matrimoniale. Vi rientrerebbero, infatti, non solo coppie eterosessuali libere da precedenti *status*, ma anche rapporti omo-affettivi, relazioni plurime, unioni tra persone non libere nonché assetti familiari che superano la necessaria sessualizzazione del rapporto primario interno al *ménage* e che segnano,

Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017, d.lgs. 6/2017, d.lgs. 7/2017, Torino, 2017, p. 683.

[7] Lo stesso ragionamento è chiaramente riferibile anche alle unioni civili *ex* art. 1, c. 1 - 36 l., 76/2016.

[8] Sulla distinzione tra convivenza e coabitazione nel diritto privato si veda U. Roma, *Convivenza e coabitazione*, Padova, 2005.

[9] Per una più articolata argomentazione di questa tesi sia consentito, nuovamente, il rinvio a A. Vercellone, *Più di due. Unioni plurime e convivenze: verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore,* cit., e alla bibliografia ivi indicata.

a fronte della crescente crisi economica, il riemergere della famiglia quale struttura cooperativa dal carattere marcatamente distributivo[10]. Si tratta, in quest'ultimo caso, delle cc.dd. "unioni di mutuo aiuto": unioni, cioè, che vedono due o più persone attuare un vincolo stabile di sostegno morale e materiale (vincolo che spesso implica la coabitazione) e mettere in comune le proprie risorse (umane e finanziarie) per affrontare comunitariamente situazioni che, singolarmente, i componenti del *ménage* non sarebbero in grado di sostenere[11]. Si pensi, ad esempio, al caso dei fratelli germani (ma le stesse considerazioni varrebbero anche in assenza di legami di sangue tra le parti) che si recano a convivere presso la casa dell'anziana madre bisognosa di assistenza, l'uno impegnandosi a prendersene cura a tempo pieno e l'altro a procurare, lavorando all'esterno della famiglia, il reddito necessario al sostentamento dell'intero *ménage*.

Quanto fin qui detto non deve stupire. D'altra parte, è proprio la presenza di un vincolo stabile di sostegno morale e materiale, e non astratti indici da cui è possibile desumerne l'esistenza (la coppia, la fedeltà monogamica, la coabitazione, il genere, il sesso ecc.), a dar vita a quelle esigenze di tutela, squisitamente familiari, in cui si radica la necessità d'intervento del diritto. In ultima analisi, è dal fatto in sé che due o più persone decidano di attuare una stabile comunione di vita che discende il bisogno di proteggere la parte economicamente più debole del rapporto, di garantire che il vincolo venga riconosciuto a certi effetti di legge per permettere ai componenti del *ménage* di esercitare poteri protettivi l'uno nei confronti dell'altro, l'obbligo di predisporre regole particolari per quei beni che - come la casa comune - assumono un ruolo determinante nell'ambito della comunione affettiva ecc[12].

Questa ricostruzione è solo apparentemente smentita dalla seconda parte della l. 76/2016 che, nel disciplinare le unioni di fatto, ne introduce una

[10] Il riferimento alla libertà di *status* viene in rilievo, soprattutto, in relazione al coniuge separato ma non divorziato che intraprende una nuova convivenza e che, tutelato dalle precedenti regole, è oggi escluso dalla definizione di "convivenza di fatto" attuata con l'art. 1 comma 36 della l. 76/2016.

[11] Sul fenomeno delle unioni di mutuo aiuto si veda M.R. Marella, *Il diritto di famiglia fra* status e *contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in E. Moscati, A. Zoppini (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, pp. 94-96.

[12] Sugli indici di serietà della convivenza ai fini del suo riconoscimento, v. A. Zoppini, *Tentativo d'inventario per il 'nuovo diritto di famiglia': il contratto di convivenza*, in E. Moscati, Id. (a cura di), *I contratti di convivenza*, cit., pp. 1-29; P. Rescigno, *Le formazioni sociali intermedie*, in Id., *Persona e comunità,* Vol. III, Padova, 1999, pp. 3-20, spec. p. 16, ove l'A. insiste sull'assenza di una garanzia costituzionale per le formazioni sociali caratterizzate dalla labilità dei rapporti.

nozione particolarmente restrittiva, modellata sostanzialmente sull'archetipo della coppia nucleare sessualizzata che coabita[13]. Come osservato dalla dottrina - e come si è già anticipato - la nuova legge si limita a recepire un'elaborazione in gran parte già intervenuta e non determina il venir meno della precedente disciplina a matrice prevalentemente giurisprudenziale, che continuerà dunque ad operare e a farlo secondo il suo autonomo ambito soggettivo di applicazione[14].

L'effetto della novella è, quindi, tutto sommato residuale, limitandosi a consentire a quelle famiglie di fatto che integrano *anche* gli estremi della definizione fatta propria dalla nuova legge di accedere, oltre che alle tutele previste per *tutte le altre* forme di unione, a quel limitato novero di diritti in più che essa sembrerebbe introdurre.

Se non ai fini dell'applicazione di questo limitatissimo numero di diritti aggiuntivi, rispetto ai quali è dunque possibile individuare una fattispecie "tipica" (positivizzata dalla nuova legge) e una "atipica" (che segue la vecchia disciplina) di convivenza, la famiglia di fatto si afferma nel nostro ordinamento come fenomeno unitario, che dà origine a conseguenze giuridiche omogenee.

In particolare, dal fatto in sé che due o più persone attuino un vincolo stabile di sostegno morale e materiale, l'ordinamento fa conseguire una serie di effetti che possiamo definire "esterni" poiché determinano il riconoscimento del rapporto da parte di soggetti che, rispetto ad esso, sono qualificabili come terzi (si pensi al diritto di visita in ospedale, al diritto di iscrizione nelle liste di attesa per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, al ruolo accordato al convivente in materia di misure di protezione di soggetti incapaci, al risarcimento del danno per morte del *partner* ecc)[15].

[13] Ai sensi dell'art. 1, c. 36, della l. 76/2016 "si intendono per conviventi di fatto due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile".

[14] Sul punto, v., *ex multis*, U. Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 1749-1765; L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 931-943; L. Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione.*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 919-931;

[15] Occorre segnalare che l'unico aspetto in cui il diritto interviene nei rapporti patrimoniali interni tra conviventi riguarda le scarne tutele previste sulla casa di comune abitazione che, se nelle convivenze atipiche si riducono al riconoscimento della tutela possessoria in capo al *partner* che non detiene alcun formale titolo per l'occupazione dell'immobile, per le convivenze tipiche ammontano alla più articolata disciplina di cui ai commi 42 e ss. dell'art.

Per quanto concerne i rapporti "interni" tra i conviventi si assiste, invece, a una sorta di ritrazione da parte del diritto. I rapporti patrimoniali tra i componenti dell'unione sono infatti dominati dalla teorica delle obbligazioni naturali: sempre che le parti non abbiano differentemente stabilito per iscritto, ogni prestazione resa da un partner in favore dell'altro o del *ménage* è dunque inesistente per il diritto, salvi gli effetti della *soluti retentio*.

3. *Rapporti patrimoniali tra conviventi e autorità private*

Si è detto, dunque, che, nel nostro ordinamento, per "unione di fatto" si intende qualsiasi rapporto che attui una comunione di vita che lega due o più persone in un vincolo stabile di reciproco sostegno morale e materiale. Si è anche detto che la qualificazione di un rapporto come "unione di fatto" determina delle conseguenze giuridiche, che riguardano soprattutto il riconoscimento della relazione da parte di soggetti terzi. A questo attivismo nei rapporti esterni non consegue, invece, una parallela attenzione ai rapporti interni tra le parti, di fronte ai quali - come abbiamo visto - il diritto anzi si ritrae, nascondendosi dietro alla teorica delle obbligazioni naturali.

È questo secondo aspetto quello che qui ci interessa, poiché è proprio nell'estromissione del diritto da un settore - quello dei rapporti patrimoniali tra i conviventi - in cui scelte private con forti implicazioni economiche si innestano su relazioni personali particolarmente intense che rischiano di annidarsi ingiustificabili posizioni di autorità[16]. Il principio per cui le prestazioni elargite da un *partner* in favore dell'altro o del *ménage* sono irrilevanti, se non agli effetti dell'irripetibilità, va allora approfondito e questo per mostrare le conseguenze distributive di soluzioni tecniche solo apparentemente neutre e leggere.

Il primo punto che, in tale prospettiva, occorre investigare è il trattamento giuridico del lavoro intra-familiare. Ed infatti, poiché la teorica delle obbligazioni naturali colpisce ogni prestazione realizzata all'interno della famiglia, al suo regime sono assoggettate anche le attività lavorative rese da un convivente in favore dell'altro o a servizio del *ménage*. Anzi: è stato proprio il lavoro familiare il terreno sul quale la tecnica delle obbligazioni naturali è stata dapprima sperimentata nonché l'ambito in cui trova ancor

1 della l. 76/2016.

[16] Si tratta, chiaramente, di autorità di fatto, v. C.M Bianca, *Le autorità private*, cit., pp.55-79.

oggi il suo maggior impiego[17].

Ebbene: è evidente che sancire con il crisma del diritto il principio per cui il lavoro reso all'interno della famiglia è sempre prestato *affectionis vel benevolentiae causa* equivalga a disconoscerne *de jure* il valore economico e a determinarne l'incommensurabilità patrimoniale, con ovvio pregiudizio per chi (di solito le donne) nel consorzio familiare investe tutta o gran parte della propria capacità lavorativa.

È questa una conclusione che trova conferma nell'ulteriore constatazione per cui, alle unioni di fatto, non si applicano quelle regole che, nel matrimonio, sono deputate a bilanciare la logica della gratuità, restituendo al lavoro di cura una qualche forma di riconoscimento economico, quantomeno al momento della conclusione del rapporto. Il riferimento è, chiaramente, all'assegno divorzile, ma la medesima funzione può essere parzialmente assolta anche da istituti in grado svolgere, tra le altre cose, un generico ruolo di riequilibrio: si pensi, in tal senso, agli obblighi in materia di alimenti, alla posizione successoria del coniuge o, ancora, alla disciplina dell'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* c.c.[18].

La distinzione, prodotta dal diritto, tra mercato, luogo della produzione, e famiglia, luogo della solidarietà, costruisce così i presupposti per la subalternità di fatto del *partner* debole, specialmente nelle unioni non matrimoniali[19].

Il regime delle obbligazioni naturali determina, infatti, che la distribuzione delle utilità prodotte attraverso il lavoro domestico venga appaltata ai rapporti di forza tra le parti. Ciò appare problematico soprattutto in quei contesti familiari in cui la divisione dei ruoli è particolarmente marcata

[17] Sul lavoro familiare e sulle sue implicazioni economico distributive, alla luce della teoria delle obbligazioni naturali, si veda la completa analisi offerta da M.R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari tra stratificazioni e 'resistenze'*, cit.

[18] Una tale conclusione non muta anche ove si volesse ritenere il nuovo art. 230-*ter* c.c. applicabile non solamente alle convivenze tipiche ma anche a quelle atipiche, soluzione ermeneutica peraltro condivisibile perché permette di raccordare la nuova disciplina sull'impresa familiare introdotta dall'art. 1, c. 46, della l. 76/2016 con gli approdi raggiunti dalla più recente giurisprudenza pre-riforma, che aveva finito per estendere anche ai conviventi l'ambito di applicazione dell'art. 230-*bis* c.c (v., ad es., Cass., 15 marzo 2006, n. 5632). La norma riservata ai conviventi, infatti, a differenza di quanto stabilito dall'omologa disposizione prevista per l'istituto matrimoniale, limita la tutela alla parte che "presti stabilmente la propria opera nell'impresa dell'altro convivente", estromettendo così ogni rilievo del lavoro reso all'interno della famiglia.

[19] Mi pare sia questa la tesi di fondo di M.R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari*, cit., *passim*. Sullo squilibrio nei rapporti di forza all'interno della famiglia, con particolare riferimento al lavoro domestico, si vedano le fondamentali opere di Trina Grillo e, tra esse, in particolar modo T. Grillo, *Mediation alternative: process dangers for women*, in *100 Yale Law Journal*, 6, 1991, p. 1545 ss.

e il lavoro di cura demandato in via esclusiva (o quasi) a un particolare componente dell'unione. Rispetto a questi casi, al momento della rottura del vincolo, la questione distributiva si arricchisce, invero, di ulteriori elementi, sintomatici altrettanti vuoti di tutela. Vengono in rilievo, in particolar modo, le conseguenze patrimoniali della rinuncia, ad opera del *partner* debole, a perseguire alternative professionali nel mercato e la frustrazione dell'affidamento riposto nella prosecuzione del rapporto.

Sono queste problematiche sociali di non poco rilievo se si pone mente al fatto che un maggior equilibrio tra uomo e donna nei rapporti familiari sta affermandosi soltanto presso i ceti più abbienti (e rispetto ai quali, dunque, le conseguenze dello squilibrio di cui stiamo discutendo si pongono in modo meno pressante) e che, a prescindere dalle questioni di genere, alcuni dei nuovi modelli di unione che sempre più stanno emergendo (le unioni di mutuo aiuto, soprattutto) spesso si fondano sull'attribuzione del lavoro di cura ad uno solo tra i componente del *ménage*.

L'assenza di strumenti di riequilibrio è peraltro aggravata da un atteggiamento particolarmente rigido della nostra giurisprudenza[20], che se da una parte tende a superare la presunzione di gratuità solo a fronte del vincolo di subordinazione, dall'altra finisce per limitare la prova di tale vincolo alla presenza di un atto scritto stipulato tra le parti[21]. È così, il lavoro come segretaria nello studio dentistico del compagno, nel rispetto delle direttive di orario e delle mansioni da quest'ultimo impartite, deve considerarsi prestato a titolo gratuito, posta l'impossibilità dell'attrice di provarne per iscritto l'onerosità[22]. Alla stessa conclusione si dovrà pervenire nel caso della badante, assunta "in nero" da un uomo anziano e facoltoso, che abbia finito per intraprendere con quest'ultimo una relazione intima. Le Corti ricorrono così alla tecnica della presunzione semplice per introdurre, in realtà, il requisito della necessaria forma scritta (*ad probationem*) di ogni accordo in deroga al regime ordinario di gratuità[23].

[20] Si veda ad es., Cass, 24 marzo 1977, n. 1161, Cass. 14 giugno 1990, n. 5809, Cass. 10 dicembre 1994, 10927.

[21] Esemplificativa, in tal senso, Trib. Genova, 13 aprile 1988.

[22] V., sul punto, nuovamente Cass. 10 dicembre 1994, n. 10927.

[23] Sulle conseguenze distributive della tesi delle obbligazioni naturali nell'ambito del lavoro intra-familiare, con specifico riferimento alla frustrazione degli affidamenti ingenerati tra le parti, nonché sull'atteggiamento che la giurisprudenza riserva alla questione, anche in chiave comparatistica, v. M.R. Marella, *Il diritto delle relazioni familiari*, cit., spec. p. 247 ss. ma anche Ead., *Il diritto di famiglia tra* status *e contratto*, cit., spec. p. 96 e ss. Una critica al prevalente approccio giurisprudenziale in materia di lavoro domestico è, peraltro, offerta da G. Oberto, *Ancora sulla pretesa gratuità delle prestazioni lavorative subordinate rese dal convivente* more uxorio (nota a Cass., 19 settembre 2015, n. 19304) in *Fam. dir.*, 2016, p.

Questo eccessivo formalismo tende a rendere ancora più insostenibile un assetto in cui l'alternativa secca tra la logica debole dell'obbligo morale e quella forte della subordinazione finisce per schiacciare una realtà, quella del lavoro familiare, che trova tipicamente in un luogo *terzo* (e intermedio tra i due poli) il suo tipico terreno di coltura.

Quanto appena osservato in materia di lavoro di cura è strettamente connesso al secondo nodo problematico che occorre qui affrontare: quello, cioè, relativo al regime giuridico a cui, nella famiglia di fatto, sono sottoposti gli acquisti comuni.

Come noto, agli acquisti compiuti durante la convivenza contribuiscono generalmente tutti i *partner*. Sotto il profilo dell'analisi economica, infatti, l'acquisto è a essi (tutti) riconducibile non solo quando i componenti dell'unione versino *pro quota* una somma di denaro destinata a costituirne la provvista, ma anche ove esso sia intervenuto nell'ambito di un *ménage* in cui gli obblighi di contribuzione sono equamente distribuiti tra le parti. E così, per ricorrere a un esempio di scuola, in un assetto familiare composto da due persone, l'una (Tizio) che lavora all'interno della famiglia, l'altra (Caio) nel mercato, l'automobile acquistata con reddito formalmente di Caio è in realtà ascrivibile a uno sforzo economico comune. Il perché è evidente: Caio può dedicarsi interamente al lavoro extra-familiare poiché Tizio adempie alle faccende domestiche, il reddito di Caio non è decurtato dell'ammontare pari alla retribuzione di un colf ecc.

Nell'ambito delle unioni di fatto queste valutazioni di natura economica sono disattese dal diritto tutte le volte in cui il contratto avente ad oggetto un acquisto riconducibile a tutti i componenti del *ménage* venga, in realtà, formalmente concluso da uno solo di essi.

Ed infatti, le contribuzioni in denaro, lavoro o altre utilità erogate da un *partner* in favore dell'altro non cambiano di natura innanzi agli acquisti compiuti nell'interesse della famiglia: esse continuano ad essere giuridicamente inesistenti e qualificate alla stregua di obbligazioni naturali. Salvo patto contrario, dunque, tali contribuzioni non sono in grado di influire sul regime giuridico del bene o del servizio acquistato, che seguirà la titolarità formale di chi lo ha compiuto[24].

Ed ecco che il diritto pone - nuovamente - il *partner* debole in una condizione di subalternità, posto che, tecnicamente, in questi casi - tutt'altro

232 ss., il quale tuttavia auspica a che il lavoro familiare venga definitivamente ricondotto entro l'unico alveo della subordinazione.

[24] Per una più approfondita analisi del regime degli acquisti nella famiglia di fatto v. L. Balestra, *I rapporti patrimoniali*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, III, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2002, p. 840 ss.

che marginali - egli potrà godere e disporre dei beni che ha contribuito ad acquistare solo per gentile concessione dell'/degli altro/i; beni verso i quali non può vantare alcuna pretesa, né in costanza di rapporto né alla sua conclusione.

E così, il convivente che abbia contribuito all'acquisto della casa comune o dei relativi mobili lavorando nella famiglia ovvero consegnando al proprio *partner* una somma di denaro per permettergli di concludere il relativo contratto, venuto meno il vincolo affettivo resterà con in mano un pugno di mosche ove non abbia avuto la cura di formalizzare per iscritto l'accordo raggiunto.

Invero, anche in questo caso la giurisprudenza appare piuttosto rigida nel riconoscere eventuali accordi in deroga[25], finendo per introdurre surrettiziamente un requisito di forma che non soltanto si pone in antitesi con i princìpi generali del contratto, ma anche con quelli più ordinari del buon senso, posto che difficilmente la fiducia che ispira il rapporto di convivenza ammette di formalizzare per iscritto questo tipo di patti.

Ci si trova, dunque, ancora innanzi ai risultati di un approccio ermeneutico fortemente squilibrato. Ai conviventi si estendono - *in malam partem* - regole originariamente pensate con riguardo ai soli coniugi (e, cioè, la presunzione di gratuità delle elargizioni familiari) ma vengono nuovamente negati alla parte debole del rapporto i relativi strumenti di tutela (in questo caso rinvenibili, soprattutto, nel regime ordinario della comunione dei beni).

Le aporie generate dalla teorica delle obbligazioni naturali, e che abbiamo appena veduto, non sono ovviamente sfuggite alla nostra dottrina. Parte di essa ha allora provato a porvi rimedio invocando la necessità di ricorrere ai principi in materia di arricchimento ingiustificato per accordare una qualche tutela alla parte debole del rapporto[26].

Secondo questa impostazione, che inizia invero a riscuotere un certo successo pure presso la giurisprudenza[27], anche alle unioni di fatto si applicherebbe il principio di proporzionalità delle contribuzioni previsto, per il matrimonio, all'art. 143, ult. comma, c.c., con la conseguenza che solo

[25] V., ad es., Cass., 22 aprile 2010, n. 9541; Cass., 13 marzo 2013, n. 6293; Cass., 7 aprile 2014, n. 9264. In generale, l'atteggiamento incoerente della giurisprudenza in materia di acquisti familiari è stigmatizzato da U. Mattei, *Attrazione fatale (un sogno ad occhi aperti su accessione, riforma del diritto di famiglia ed esami di procuratore)*, in *Giur. it*, 1992, p. 4.
[26] Sul punto v., approfonditamente, G. Oberto, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto,* in Aa. Vv., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, p. 11 ss.
[27] V., *ex multis,* Cass. 22 settembre 2015, n. 18632.

le prestazioni che rispettino un siffatto equilibrio possono qualificarsi come adempimenti di obbligazioni naturali. Le altre, quelle che cioè vi esorbitano, sono invece da ritenersi prive di causa e, dunque, soggette all'azione generale di arricchimento *ex* art. 2041 c.c.[28].

È questa una soluzione che, tuttavia, non può ritenersi soddisfacente. Essa, infatti, sconta il limite di ridurre le convivenze alla logica dello scambio (ciascuna prestazione di un *partner* deve trovare giustificazione causale in una corrispondente prestazione degli altri *partners*) obliterando così, in nome del sinallagma, le più complesse e sofisticate questioni che si celano dietro a *rapporti di durata* improntati, più che sullo scambio, sulla *cooperazione* tra le parti[29].

Infatti, come noto, l'azione generale di arricchimento, specialmente nella prospettiva asfittica fatta propria dalla nostra giurisprudenza, limita il *quantum* dell'indennizzo entro i ristretti parametri della perdita secca subita dall'impoverito e del vantaggio immediatamente conseguito dall'arricchito[30].

Fondare la tutela della famiglia di fatto sul principio dell'arricchimento ingiustificato, dunque, non soltanto viola il carattere residuale della relativa azione, residualità la quale mi pare implichi quantomeno che l'art. 2041 c.c. non possa sistematicamente assurgere a cardine rimediale di intere discipline, ma soprattutto determina la completa estromissione dal dibattito di poste che costituiscono, invece, la manifestazione più tipica delle esigenze che sorgono in un rapporto complesso e dinamico come quello che si attua con la convivenza. Il riferimento, in particolare, è all'eventuale perdita di *chance* subita da chi ha deciso di investire nella famiglia tutta o gran parte della propria capacità lavorativa, il profitto eventualmente ottenuto dall'arricchito

[28] Secondo altra parte della dottrina la tutela del *partner* debole potrebbe rinvenirsi anche nella teorica della presupposizione ovvero nelle regole proprie dell'indebito oggettivo *ex* art. 2033 c.c. Sul punto v. L. Balestra, *I rapporti patrimoniali*, cit., p. 846 ss. Ai fini delle nostre considerazioni, indebito oggettivo e arricchimento ingiustificato costituiscono tuttavia teoriche interscambiabili, posto che esse rappresentano espressione di un medesimo principio, quello, cioè, per cui ogni spostamento patrimoniale deve essere sorretto da un adeguato sostegno causale. Sul punto, anche nella prospettiva comparatistica del diritto privato europeo, si veda P. Sirena, *Towards a European Law of Unjustified Enrichment*, in *Oss. dir. civ.,* 2012, pp. 113-133. In generale, al tema delle restituzioni nella famiglia sono dedicati i contributi contenuti nel recente volume curato da L. Bertino, *Crisi familiare e profili restitutori,* Milano, 2017.

[29] La necessità di ricorrere a un'ermeneutica controllata delle regole sull'arricchimento ingiustificato al fine di evitare di imporre alle parti, per loro tramite, scambi indesiderati è stata dapprima invocata da P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 11 ss.

[30] Per una critica di questa impostazione si veda P. Sirena, *La nozione di arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.,* 2009, p. 65 ss., in questa prospettiva, dello stesso A. si veda, anche, *Towards a European Law of Unjustified Enrichment*, cit.

in virtù delle contribuzioni prestate dagli altri componenti dell'unione e, più in generale, gli affidamenti che la vita in comune può ingenerare nelle parti.

In altre parole, l'equivoco di fondo risiede nel voler ricorrere a un rimedio puramente restitutorio per far fronte a esigenze di tutela che richiedono quelle più complesse valutazioni tipiche di operazioni (re)distributive.

Riassumendo. Il regime delle obbligazioni naturali costruisce i rapporti patrimoniali tra i conviventi come un terreno di non diritto, secondo un'opzione politica tutt'altro che neutrale e solo apparentemente ispirata a un diritto leggero che lascia spazio alla libertà delle parti. L'estromissione del diritto, obliterando il carattere distributivo della famiglia non matrimoniale, appalta la regolazione del rapporto alla legge del più forte, autorizzando «poteri decisionali che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociali»[31]. Ecco dunque emergere, nelle convivenze non matrimoniali, quella particolare forma di potere privato che C. M. Bianca qualifica come autorità di fatto.

A differenza di quanto generalmente si afferma, queste forme ingiustificate di autorità non solo non vengono arginate ma sono addirittura confermate dal ruolo che, in questo assetto, gioca il contratto di convivenza.

Infatti, come noto, le parti possono derogare o specificare il regime fino ad ora descritto regolando per via negoziale le conseguenze patrimoniali del proprio rapporto. I componenti del *ménage* potrebbero così convenire, per via contrattuale, regole di maggior tutela per il *partner* debole, ad esempio inserendo pattuizioni volte ad attribuire un valore economico al lavoro di cura, prevedendo obblighi perequativi in vista dell'eventuale conclusione della relazione sul modello dell'assegno divorzile e stabilendo, financo, il regime della comunione dei beni[32].

Il contratto di convivenza, tuttavia, deve essere redatto per iscritto. È questo un requisito previsto *ad validitatem* per quegli atti di autonomia che ricadono nell'alveo applicativo della nuova legge ("contratti tipici di convivenza") ma che deve ritenersi proprio (quantomeno *ad probationem*) anche dei c.d. "contratti atipici", posto il veduto rigore applicato dalla

[31] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 55. Sugli squilibri di potere all'interno delle comunità sociali v. U. Mattei, E. Grande, *Giustizia allo specchio,* in *Antropolgia*, 11, 2008, p. 2850 nonché L. Nader, E. Grande, Current, *Illusions and delusions about conflict managment - in Africa and elsewhere,* in Law and Social Inquiry, 2002, p. 573-594.

[32] La comunione dei beni sarà, tuttavia, opponibile ai terzi solo per quei casi in cui le parti godono dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 1, c. 36, l. 76/2016 e decidono regolare i propri rapporti patrimoniali seguendo le formalità previste dai commi 51 e seguenti del medesimo articolo (trascrizione inclusa). In tutti le altre ipotesi la convenzione produrrà i suoi effetti esclusivamente *inter partes*.

giurisprudenza in materia di prova dei patti in deroga[33].

Non vi è chi non veda, tuttavia, come questo assetto ribalti completamente i principi ordinari che dovrebbero sovrintendere a un corretto rapporto tra regole di *dafault* e autonomia privata[34]. Sono le prime, infatti, a dover fornire la disciplina di maggior tutela, di modo che eventuali deroghe *in pejus* debbano superare la doppia barriera costituita dall'ingresso nel rapporto contrattuale e dalla negoziazione del suo contenuto. Qui avviene il contrario, e il contratto di convivenza, a fronte di effettivi squilibri, si presenta al più come lo strumento attraverso cui il *partner* forte può decidere se rinunciare a parte del proprio arbitrio, concedendo all'altro (o agli altri) una qualche forma di garanzia.

Il problema delle autorità, allora, si ripropone: rispetto al contratto di convivenza si pongono infatti i noti problemi di un'eguaglianza contrattuale solo formale che, come insegna C. M. Bianca, cela in realtà squilibri capaci di frustrare i profili sostanziali di un'eguaglianza effettiva[35]. In altre parole, la sensazione è che l'allocazione degli incentivi operata dal regime in analisi releghi il contratto di convivenza a istituto marginale, destinato a essere utilizzato soprattutto in unioni composte da persone abbienti già in posizione di effettiva eguaglianza, affossandone così le potenzialità di strumento diffuso a tutela del familiare debole.

Fermi i rilievi fin qui condotti, è pur vero che limitarsi alla critica dell'assetto vigente senza restituire la complessità delle opzioni di politica del diritto entro le quali esso si iscrive sarebbe ingeneroso verso le scelte operate dal nostro sistema e restituirebbe un discorso soltanto parziale.

Ed infatti, quando si parla di rapporti patrimoniali tra conviventi, l'alternativa all'assenza del diritto viene tradizionalmente individuata nella c.d. tecnica dello *status*[36]. È questa un'opzione già sperimentata in altri

[33] Sulla distinzione tra contratti di convivenza "tipici" ed "atipici" v. P. Sirena, *Sub commi 57 – 58*, in C.M Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze*, cit., pp. 680-684; U. Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, cit.; R. Villa, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1340 ss.; D. Achille, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1570 ss.

[34] Sui quali si rinvia a U. Mattei, *Efficiency and Equal Protection in the New European Contract Law. Mandatory, Default and Enforcement Rules*, in *39 Virginia Journal of International Law* (1999), p. 157 s. *passim*; sul punto si veda anche Id., *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Milano, 2015, p. 61 ss.

[35] V. C.M Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 62 ss.

[36] Per un'approfondita analisi, anche in chiave comparatistica, della contrapposizione tra *status* e autonomia quali tecniche di regolazione della famiglia di fatto e per un panorama critico delle principali implicazioni di *policy* che esse implicano si veda M.R. Marella, *Il diritto di famiglia tra* status *e contratto*, cit.

ordinamenti e che consiste nell'individuazione, da parte del legislatore, di una fattispecie di convivenza legalmente rilevante, alla quale far conseguire non soltanto effetti verso terzi (come avviene nell'impostazione della l. 76/2016) ma anche una serie di effetti perequativi interni. Si tratterebbe, in altre parole, di rendere più pregnanti le conseguenze derivanti "dal fatto in sé della convivenza", ad esempio inserendo disposizioni di maggior tutela in materia di lavoro familiare, una disciplina inderogabile sull'assegno di mantenimento in favore della parte debole e un regime ordinario degli acquisti modulato sulla comunione dei beni.

Sennonché, anche questa opzione presta il fianco a una serie di obiezioni tutt'altro che infondate, non meno allarmanti di quelle abbiamo mosso nei confronti della teorica delle obbligazioni naturali. Ai nostri fini sarà sufficiente menzionarne due.

In primo luogo, nell'epoca del pluralismo dei modelli familiari, un'epoca che non permette di predeterminare tutte le possibili forme in cui i privati decidono di organizzare i propri rapporti affettivi, una tecnica che si fondi sull'individuazione di una fattispecie astratta di convivenza legalmente rilevante appare del tutto inadeguata. Essa, infatti, rischia di lasciare fuori dalla propria portata applicativa numerose unioni rispetto alle quali sorgono comuni esigenze di tutela.

Ma, soprattutto, a questo modello è stato giustamente obiettato di violare le libertà individuali e - in particolare - la libertà dei componenti del *ménage* di scegliere una forma familiare che *volutamente* si sottrae alla logica dello *status* e dunque alle garanzie previste dal matrimonio e dagli istituti ad esso equiparabili (ad es. le unioni civili) in un contesto, peraltro, in cui si assiste a una sempre maggiore apertura al contratto da parte dello stesso istituto matrimoniale.

Queste ultime considerazioni sembrerebbero allora mutare i termini della questione. I rapporti patrimoniali tra i conviventi assurgerebbero a terreno in cui le opposte esigenze di eguaglianza e libertà sono di per sé inconciliabili, dando luogo al dilemma per cui il diritto non potrebbe promuovere l'una senza sacrificare l'altra[37]. In questo contesto, l'opzione adottata dal nostro ordinamento sarebbe così da rivalutare, quantomeno sotto il profilo sistematico-generale: essa consisterebbe, in ultima analisi, nella legittima implementazione di uno dei due possibili modelli di regolazione del fenomeno, nessuno dei quali immune da profondi elementi di criticità.

Il problema non può essere, tuttavia, liquidato prendendo atto di una presunta inconciliabilità delle soluzioni proposte, posto che, quando si

[37] *Ibidem*, p. 76 ss.

discute di unioni di fatto, si discute non soltanto dei diritti dei componenti della famiglia, ma anche di questioni di interesse generale (ad esempio: su chi occorre allocare i costi derivanti dalla conclusione di un rapporto, in cui uno dei *partner* abbia rinunciato ad intraprendere un'attività lavorativa per dedicarsi interamente al *ménage*? Sulla collettività o sull'altro *partner*?).

È nuovamente il volume che con questi scritti si celebra a indicare la strada per superare questo *impasse*.

A ben vedere, l'insegnamento più profondo del testo di C.M. Bianca risiede proprio nell'invito a ripensare criticamente la contrapposizione tra pubblico e privato, e ciò, soprattutto, quando entrano in gioco questioni che coinvolgono la tutela di interessi generali e i diritti fondamentali delle persone. L'esortazione, in altre parole, è a non fermarsi di fronte all'apparente dicotomia tra eguaglianza e libertà, che nel nostro contesto si traduce nell'opposizione tra *status* e contratto, e a individuare, a diritto vigente, opzioni potenzialmente trasformative, capaci di scovare soluzioni terze che muovano lo sguardo oltre l'immobilismo tipico degli approcci dilemmatici.

Se si vuol cogliere questo suggerimento, occorre allora ripartire dalla teorica delle obbligazioni naturali per vagliarne la coerenza non solo distributiva ma anche tecnico-dogmatica. Questo ci condurrà, infatti, a scoprire quanto di "pubblico" ci può essere nel "privato" [38] e a verificare le potenzialità distributive dello strumento competitivo per eccellenza: il contratto.

Si tratta di esplorare le frontiere nobili dell'autonomia privata[39].

4. *La famiglia di fatto come rapporto contrattuale*

Tornando, dunque, alle obbligazioni naturali, e alla loro applicazione ai rapporti patrimoniali tra i conviventi, stupisce notare come una soluzione che è giunta ad escludere la sussistenza tra le parti di obbligazioni civili (regola generale), in favore di una disciplina speciale a portata tutto sommato residuale (quella di cui all'art. 2034 c.c.) sia stata solo parzialmente argomentata dalla dottrina e dalla giurisprudenza e come essa venga di solito presentata alla stregua di *jus receptum* che non necessita di particolari

[38] V. M. Spanò, *Situazioni dell'autonomia. Sul carattere cooperativo del diritto privato,* in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Rispondere alla crisi. Comune, cooperazione sociale e diritto*, Verona, 2017, pp. 127-145.

[39] Così le qualifica M.R Marella, *Il diritto di famiglia tra* status *e contratto*, cit. p. 118.

spiegazioni[40].

Il tenore generale della letteratura e delle pronunce in materia sembrerebbe in ogni caso suggerire che il fondamento ultimo di questa tesi sia da rinvenire - ancora una volta - nell'assimilabilità delle unioni di fatto alla fattispecie matrimoniale.

L'unione di fatto, in altre parole, realizzerebbe lo stesso fenomeno sociale della coppia sposata, con l'unica differenza della mancata formalizzazione del vincolo. Tuttavia, se per i coniugi la reciproca assistenza (morale e) materiale rappresenta l'oggetto di un preciso obbligo giuridico che discende direttamente dalla legge, lo stesso non vale per i conviventi, i quali vi adempiono spontaneamente. Il non aver suggellato il legame attraverso il matrimonio impedirebbe, infatti, a tali obblighi di assumere un qualsivoglia significato per il diritto, e li arginerebbe nell'alveo dell'incoercibilità. Tuttavia, il comune sentire sociale si opporrebbe a che colui che come coniuge convive con il proprio *partner* possa ripetere quanto prestato in costanza di rapporto (e in virtù di quest'ultimo): di qui la soluzione in favore della *soluti retentio* e del meccanismo di cui all'art. 2034 c.c.

Questo argomento, tuttavia, non convince.

In primo luogo, non si capisce perché l'intera questione dei rapporti patrimoniali tra i conviventi debba essere risolta all'interno del diritto speciale della famiglia, estromettendo dalla fattispecie, senza alcuna apparente ragione, le regole ordinarie del diritto privato.

Ed infatti, muovere dall'assimilabilità tra la famiglia di fatto e quella matrimoniale per poi giungere a negarle ogni tutela configura un percorso argomentativo quantomeno eccentrico se analizzato alla luce delle regole ordinarie in materia di interpretazione[41].

Delle due l'una. O la convivenza è fenomeno fattualmente identico alla famiglia legittima, ma allora la conseguenza dovrebbe essere quella dell'applicazione alla prima delle regole proprie della seconda, posto che la similitudine tra due fattispecie di cui solo una espressamente disciplinata dalla legge, nel diritto, dà origine all'analogia. Ovvero famiglia di fatto e famiglia legittima costituiscono fenomeni diversi, ma allora la disciplina

[40] Sul punto v. F. Rocchio, *Obbligazioni naturali tra conviventi* more uxorio?, Nota a Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Giur. it.*, 2015, p. 1090 ss., il quale rileva come non sia riscontrabile, nella nostra giurisprudenza, una sola pronuncia che abbia compiutamente argomentato l'esclusione, tra conviventi, di obbligazioni civili in favore dell'opposta tesi delle obbligazioni naturali e come il tema sia stato trattato solo marginalmente da parte della dottrina.

[41] La negazione di tutela alla quale qui ci si riferisce riguarda, ovviamente, il solo aspetto dei rapporti patrimoniali interni tra i conviventi.

della prima sarà da vagliarsi alla stregua delle norme di diritto comune, posto che la mancanza di regole speciali nel diritto di famiglia non equivale alla mancanza di regole *tout court.*

In secondo luogo, l'approccio in questione sconta il limite di fondarsi su di un presupposto sbagliato: l'idea, cioè, per cui l'intero fenomeno della famiglia di fatto sia riducibile alla convivenza *more uxorio* a struttura para-matrimoniale. Si è visto, infatti, che la convivenza *more uxorio* costituisce *solo una* delle possibili manifestazioni di un fenomeno la cui cifra risiede in una marcata inclusività; un fenomeno capace di accogliere ogni unione che attui un vincolo stabile di sostegno morale e materiale a prescindere dal genere, dal numero e financo dalla necessaria sessualizzazione del rapporto tra i suoi componenti. Se si inserisce questa più articolata nozione di convivenza nell'ambito della teoria tradizionale, la tesi delle obbligazioni naturali cade.

Infatti, gli obblighi morali o (*rectius* e) sociali alla base della disposizione di cui all'art. 2034 c.c. richiedono di individuare, rispetto a un dato fenomeno, una comune etica sociale[42]. Ebbene, pare difficile che il frastagliato panorama di rapporti sussumibili all'interno della nozione di famiglia di fatto permetta di ricostruire un siffatto sentire comune. Se la convivenza rappresenta un terreno giuridicamente flessibile, che apre il diritto al pluralismo dei modelli familiari, un terreno in cui si tutela la massima libertà del singolo e delle comunità di scegliere autonomamente come organizzare i propri rapporti affettivi, anche prescindendo dalle strutture più tradizionali, allora essa non è certamente compatibile con una teorica che fa del "comune sentire sociale" la propria categoria ordinante. Anzi, la famiglia di fatto costituisce proprio l'argine che il diritto pone all'etica comune affinché essa non impedisca ai cittadini di attuare i propri rapporti familiari seguendo l'unica stella polare dello sviluppo della loro personalità, anche prescindendo dalle strutture tipizzate nei rapporti sociali. In ultima analisi, se l'art. 2 Cost. assurge a istanza massima di tutela delle minoranze, il "comune sentire sociale" ne rappresenta l'antitesi.

Sulla scorta di queste considerazioni, quella diversità, anche di fondamento costituzionale, tra famiglia legittima e unioni di fatto, diversità spesso avversata dall'area più progressista della nostra dottrina, possa invece essere ribaltata quale elemento da valorizzare non solo per offrire maggiore

[42] Sul punto, e sulle sue più rilevanti implicazioni, anche in relazione alla tesi che qui si sostiene, v. G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, 2ª ed., Camerino, 1979, p. 244 ss.; C.M. Bianca, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 691 ss.; P. Sirena, voce *Obbligazione naturale*, in *Enc. giur. sole 24 ore*, 2008, p. 185 ss.; L. Nivarra, voce *Obbligazione naturale,* in *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 1380; E. Moscati, voce *Obbligazioni naturali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1979, p. 353 ss.

rigore tecnico a un dibattito non sempre chiaro, ma soprattutto quale principio potenzialmente trasformativo, idoneo a offrire adeguate forme di tutela proprio alla parte debole del rapporto.

Ed invero, se la famiglia di fatto rappresenta un fenomeno costituzionalmente e socialmente differente dalla coppia coniugata, una tale diversità non solo autorizza ma addirittura impone di non restringere al diritto speciale della famiglia la ricerca delle regole che le sono proprie.

Muovendo da questa prospettiva, sembrerebbe allora piuttosto naturale individuare nell'organizzazione patrimoniale del *ménage* posta in essere dalle parti attraverso condotte concludenti ovvero per il mezzo di accordi verbali gli indici di un rapporto di natura squisitamente negoziale, e ciò – dunque – a prescindere dalla stipula di un contratto scritto di convivenza[43]. In altre parole, se, esternamente, la famiglia di fatto si presenta come una serie di condotte attuative di un'organizzazione comune che può essere apprezzata sotto il profilo patrimoniale e se, di questo fenomeno, occorre fornire una qualificazione secondo i principi ordinari del diritto privato, è ovvio che una tale qualificazione non potrà che avallare la natura negoziale del vincolo.

È questo un epilogo quasi necessario ove si voglia far riemergere la convivenza dalla confusa «marmellata della solidarietà familiare»[44] per collocarla nei più sicuri binari dei principi codicistici.

La prospettiva contrattuale determina conseguenze non indifferenti,

[43] L'idea di considerare la famiglia di fatto come rapporto di per sé contrattuale non è mai davvero entrata nel dibattito della dottrina italiana. Ciò è curioso, soprattutto se si pensa che, a metà degli anni ottanta, durante uno dei primi convegni giuridici organizzati sul tema, un Maestro come Angelo Falzea indicava la via contrattuale come quella più naturale. V. A. Falzea, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in Aa. Vv., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, , Napoli, 1988, pp. 51-54 e spec. p. 52: «La libertà di stipulare accordi di vita comune e il valore giuridico da riconoscere a tali accordi è il terzo nodo essenziale della problematica relativa alla coppia non sposata. Io ho ritenuto di suggerire che a tali accordo non possa e non debba essere negata rilevanza per il diritto, sia nel loro contenuto personale sia in quello patrimoniale. Ho ritenuto inoltre di proporre che il contenuto di tali accordi, ove manchi lo scritto, possa essere desunto dal comportamento reale dei coniugi nella loro vita comune, come espressione di una loro volontà attuosa»; suggerisce di approfondire questa tesi, evidenziandone le principali conseguenze sia tecniche sia di politica del diritto, M.R. Marella, *La famiglia tra status e contratto*, cit., *passim*, spec. p. 118 ss. Ma si veda anche F. Prosperi, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Napoli, 1980, il quale, muovendo da presupposti antitetici rispetto a quelli che qui si propongono (e, cioè, l'assimilabilità strutturale tra unioni di fatto e matrimonio), giunge a qualificare come fattispecie contrattuali se la famiglia legittima sia quella di fatto. Per una riflessione sul ruolo della volontà negoziale nei rapporti familiari, anche con riferimento alla filiazione, v. C. Shalev, *Nascere per contratto,* Milano, 1992.

[44] L'espressione è di M.R. Marella, *La famiglia tra status e contratto,* cit., p. 119.

la maggior parte delle quali, peraltro, apprezzabili solo alla luce dei casi concreti e, cioè, in virtù di come le parti effettivamente organizzano le proprie comunità affettive nell'ambito dei singoli rapporti.

Ciò non impedisce, tuttavia, di tracciare alcune valutazioni di ordine generale: prima tra tutte, ovviamente, quella per cui, se la convivenza è un contratto, gli obblighi tra conviventi acquistano la statura di obbligazioni civili. A tal proposito occorre precisare che: ciò che diviene obbligazione civile non è il sostegno morale e materiale, ma i singoli obblighi di contribuzione desumibili dalla concreta organizzazione di ciascun *ménage* affettivo e rispetto ai quali il sostegno morale e materiale assurge a causa contrattuale[45].

Se di obbligazioni civili si tratta, le parti, in caso di inadempimento, possono allora agire per l'adempimento e per il risarcimento del danno ad esso conseguente.

In proposito si pensi, nuovamente, al caso dell'unione di mutuo aiuto attuata dai fratelli germani che convivono con l'anziana madre nell'abitazione di proprietà di quest'ultima, l'uno (Tizio) impegnandosi a prendersene cura e l'altro (Caio) a procurare con il proprio lavoro il reddito necessario al sostentamento del nucleo familiare. Ebbene: è evidente che Tizio risulterà meno ricattabile e la sua posizione meno precaria ove egli possa agire per costringere Caio ad adempiere al suo obbligo di contribuzione se questi dovesse decidere improvvisamente e arbitrariamente di interromperlo. La prospettiva contrattuale restituisce così valore economico all'opera prestata da Tizio e attenua la posizione di forza garantita a Caio dalla qualificazione delle sue prestazioni come adempimenti spontanei che può sospendere in ogni momento.

È questo un elemento che introduce la seconda, e forse più rilevante, conseguenza che la prospettiva contrattuale comporta e, cioè, la possibilità per il principio di correttezza e buona fede di fare finalmente ingresso anche nei rapporti patrimoniali tra i conviventi, possibilità preclusa, nella teoria delle obbligazioni naturali, dal secondo comma dell'art. 2034 c.c., che espressamente esclude che esse producano altri effetti oltre a quello della *soluti retentio*[46].

[45] Mi pare, allora, che la prospettiva contrattuale permetta anche di superare la confusione tra causa degli spostamenti patrimoniali e singole prestazioni di contribuzione che permea invece l'assetto fondato sulle obbligazioni naturali. Il presupposto di quest'ultima tesi è infatti quello per cui il sostegno morale e materiale, nelle convivenze, non assurgerebbe a obbligo giuridico ma solo a obbligo morale e sociale. Non ci si accorge, tuttavia, che ciò di cui si sta in realtà discutendo non è un generico obbligo di assistenza ma sono, piuttosto, le concrete condotte di contribuzione attuate dalle parti.

[46] Sul principio di buona fede nei rapporti familiari si veda, in questo volume, il saggio

Senza voler ripercorrere il lungo e complesso dibattito sulla buona fede quale fonte di interpretazione e, soprattutto, di integrazione del contratto, ai nostri fini è sufficiente rilevare come, secondo l'opinione condivisa, la funzione di questa clausola sia principalmente quella di consentire al giudice di intervenire con un sufficiente grado di elasticità per tutelare gli affidamenti ingenerati tra le parti, soprattutto nei rapporti di durata[47].

Mi pare allora evidente, alla luce di questa nozione, che la buona fede si opponga a che l'affidamento riposto da chi ha deciso di investire nel *ménage* una parte consistente della propria attività lavorativa, al momento dello scioglimento del vincolo, venga del tutto frustrato. In questo caso, fermo il principio per cui la risoluzione nei rapporti di durata non ha effetti retroattivi (art. 1458 c.c.), l'integrazione del contratto potrebbe dunque giocare un ruolo determinante, imponendo all'altro (o agli altri) *partner* di attribuire al lavoratore familiare una somma che gli consenta almeno di riavviare una vita autonoma e dignitosa ma che, ricorrendone i presupposti, potrebbe anche spingersi fino a considerare poste ulteriori quali, ad esempio, le rinunce fatte e le *chance* perdute. Sono queste, peraltro, poste che, sempre ricorrendone i presupposti, potrebbero venire assegnate anche a titolo di risarcimento del danno, quantomeno per quei casi in cui sia possibile dimostrarne la connessione causale con l'inadempimento dell'altro (o degli altri) componenti dell'unione.

Similmente, è chiaro che la buona fede, istituzionalmente deputate a raccordare forma giuridica e sostanza economica in quei casi in cui un loro eccessivo scollamento pregiudichi eccessivamente il principio di equità, non permetta che gli acquisti effettuati con il contributo di tutti i componenti del *ménage* sul presupposto del godimento comune possano, al momento della conclusione del vincolo, essere allocati sulla sola base del titolo. Essa impone al giudice di vagliare l'atteggiarsi sostanziale del rapporto e di assegnare le prerogative proprietarie sui beni comuni compiendo valutazioni più complesse del mero accertamento della titolarità formale, dalla quale egli potrebbe dunque anche prescindere. Attraverso l'integrazione del contratto si introducono così, nuovamente, importanti strumenti di riequilibrio,

di M. Bianca.

[47] La letteratura in materia di interpretazione e di integrazione del contratto, con particolare riferimento alla correttezza e alla buona fede, è sterminata. Il testo di riferimento è S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965; per un'esposizione dei principali nodi del dibattito in questione si vedano V. Roppo, *Il contratto,* Milano, 2011, pp. 439-475; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, spec. pp. 1367-1372 e pp. 1379-1393. Al tema C.M. Bianca ha dedicato *La nozione di buona fede* quale regola di comportamento contrattuale, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 205 ss.

che potrebbero giungere fino a rendere operativi, tra i conviventi, effetti funzionalmente omologhi a quelli che, nel matrimonio, derivano dal regime della comunione dei beni.

Quando calata nella famiglia di fatto, la buona fede consente allora di far fronte a quelle esigenze distributive di cui si è a lungo discusso e la cui frustrazione, come si è visto, costituisce il principale terreno di coltura per l'emergere di posizioni autoritarie ingiustificate.

Non solo l'approccio contrattuale permette anche di fondare con maggiore coerenza regole già ampiamente operanti nel nostro ordinamento.

È così, ad esempio, l'articolato ragionamento attraverso cui la giurisprudenza è giunta a riconoscere al convivente non proprietario la tutela possessoria sulla casa di comune abitazione si semplifica enormemente ove si voglia riconoscere che il titolo autonomo di detenzione di cui egli gode trova direttamente nel rapporto (contrattuale) di convivenza il suo fondamento ultimo[48]. Una tale ricostruzione consentirebbe, in tal modo, di poter finalmente ammettere che il divieto per il proprietario di estromettere improvvisamente il *partner* dalla casa comune senza assegnargli un congruo termine per individuare un'altra abitazione, a più riprese ribadito dalle Corti, deriva dalla diretta applicazione del principio di buona fede, e di superare così le omissioni e gli imbarazzi in cui, sul punto, sono incorse le motivazioni dei nostri giudici.

5. *Conclusioni*

L'analisi compiuta nel presente contributo ha condotto a individuare nella famiglia di fatto un rapporto di matrice autenticamente contrattuale.

È curioso rilevare come questa conclusione, che tutto sommato rappresenta la conseguenza più naturale della riconduzione delle convivenze a un fondamento costituzionale differente rispetto a quello della famiglia legittima e che restituirebbe all'intero fenomeno una maggiore chiarezza e coerenza tecnica, venga costantemente estromessa dal dibattito.

La sensazione di fondo è che ciò sia dovuto a un certo imbarazzo da parte della nostra cultura giuridica, convinta che qualificare come contrattuali i rapporti familiari equivalga a obliterarne la natura cooperativa e solidale per

[48] Sembra d'altra parte lambire questa conclusione la dottrina che si è occupata della questione. Si veda, in questo senso, E. Carbone, *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 37 ss.

sottoporli alla logica fredda degli scambi di mercato.

Sennonché, se da un lato è proprio la retorica solidaristica a introdurre tra le parti elementi di uno scambio non voluto rimesso alla *mercé* del più forte, dall'altro si è dimostrato come il contratto possa uscire dalle ristrettezze proprie di una teorica che lo vorrebbe unicamente deputato a tramutare il valore d'uso dei beni in valore di scambio, per assurgere a strumento distributivo capace di organizzare rapporti sociali di natura cooperativa.

Quanto detto apre a due ordini di riflessioni, le prime più contingenti, le seconde, invece, di ispirazione più teorico generale.

Per quanto concerne il primo ordine di riflessioni, occorre osservare che, per poter assolvere a questa funzione, il contratto, quando calato nei rapporti familiari, deve essere interpretato valorizzandone gli elementi di strumento funzionale e flessibile, che autenticamente apre all'apprezzamento decentrato dei singoli casi concreti. In questa prospettiva un ruolo fondamentale deve essere attribuito a quegli istituti che proiettano la relazione negoziale nella sua dimensione dinamica. Viene dunque in rilievo non soltanto la buona fede ma anche, ad esempio, la disciplina sulla manutenzione del contratto e le regole sulla gestione delle sopravvenienze, tutti aspetti che, nel solco dell'analisi che si è condotta, meriterebbero senz'altro ulteriori approfondimenti. È necessario, infatti, arginare gli eccessivi automatismi che potrebbero sorgere in sede applicativa onde evitare che, come avvenuto in altri ordinamenti, attraverso la teoria del contratto si finisca in realtà per sottoporre surrettiziamente le convivenze alla tecnica dello *status*[49].

Il secondo ordine di riflessioni riguarda invece, più propriamente, il tema dei poteri privati.

Nel dibattito giuridico contemporaneo il dispositivo delle autorità private è stato infatti utilizzato come grimaldello per mostrare come il crollo delle strutture ordinanti dello stato e del mercato possa determinare una sorta di circolo vizioso: le libertà individuali, fondamento ultimo dell'ordinamento, rischiano infatti di essere abbandonate a loro stesse con il risultato che «il loro esercizio tenda paradossalmente a distruggere proprio il modello di una società che le riconosce come un *prius*, facendo così prevalere la libertà del più forte su quella del più debole»[50].

La soluzione al problema viene individuata nella necessità di un intervento deliberato dal potere pubblico, che assolva al compito di «preservare l'ordine giuridico privatistico dalla formazione di quelle posizioni di potere

[49] Il rischio emerge dall'analisi comparatistica condotta da M.R. Marella, *Il diritto di famiglia tra* status *e contratto*, cit. p.105 ss.

[50] P. Sirena, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 110.

economico o di autorità di fatto che tendono costantemente a provocare la sua dissoluzione»[51]. Si tratta, in altre parole, di invocare il ricorso alla norma imperativa quale strumento idoneo a riequilibrare i rapporti tra le parti nelle singole transazioni economiche, che vengono in tal modo plasmate al perseguimento di interessi superindividuali. Le relazioni di mercato sono così "indirizzate" secondo un assetto che permette alla loro somma di assolvere anche al compito generale (e ordinamentale) di bilanciare le contrapposte esigenze di eguaglianza e libertà[52].

La riflessione condotta nel presente contributo pone tuttavia un problema: quello, cioè, dell'argine ai poteri autoritari in quelle formazioni sociali che, sebbene in grado di creare valore economico, e dunque utilità, non postulano il mercato quale luogo deputato alla loro allocazione e, dunque, quale terreno di mediazione per gli interessi delle parti. È questo, tipicamente, il caso della famiglia di fatto, ove è stata proprio la paura di una sua mercificazione, e l'incapacità di individuare strumenti allocativi *extra-mercato*, a determinare il sorgere di poteri autoritari ingiustificati.

Per queste situazioni la norma imperativa non funziona: se calata nei rapporti tra i conviventi, ad esempio, essa introdurrebbe la logica dello *status* e finirebbe quindi per confermare il dilemma delle dicotomie e per negare proprio quella vocazione liberale di cui la tesi del diritto privato regolatorio, poc'anzi delineata nei suoi tratti essenziali, si fa portavoce[53].

La famiglia di fatto mostra allora come vi siano rapporti privati che possono essere apprezzati sotto il profilo economico ma che sono incompatibili con la logica dello scambio, rapporti che, in ultima analisi, sostituiscono alla competizione assetti di natura cooperativa[54].

Sono questi rapporti che impongono al civilista un non indifferente sforzo di posa in opera, uno sforzo che sia capace di arginare la tentazione a che essi vengano completamente estromessi dal giuridico poiché apparentemente incoerenti con le logiche più tradizionali della dogmatica privatistica, seguendo uno schema che rischia di abbandonare le parti più deboli in balia di pericolose posizioni di autorità.

Occorre, in altre parole, esplorare - a diritto vigente - le potenzialità distributive e cooperative degli strumenti tradizionali, secondo un percorso

[51] *Ibidem*.
[52] Ivi, *passim*. Sul punto si veda anche A. Zoppini, *Diritto privato vs. diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.,* 2013, p. 530 ss.
[53] Il fatto che la norma imperativa sia il terreno degli *status* mi sembra confermato non soltanto dalla disciplina del matrimonio ma anche, ad esempio, dal diritto dei consumatori.
[54] Per un'analisi economica del fenomeno v. Aa. Vv., *Il comune come modo di produzione*, Verona, 2017.

che ha già parzialmente sottoposto a scrutinio critico la proprietà e i beni ma che dovrà ora, necessariamente, aprirsi anche alla teoria del contratto[55].

Come si è avuto modo di mostrare, accanto alla tradizionale funzione di fondamento del mercato, il contratto potrebbe infatti anche assolvere al compito di opporre, a uno stato sempre più debole, la capacità delle comunità - a partire da quella familiare - di auto-organizzarsi, secondo schemi ecologici, decentrati e generativi[56].

E così, se nel "contratto del mercato" la perequazione della forza negoziale delle parti è demandata alla norma imperativa, nel "contratto della cooperazione" la stessa funzione dovrà essere svolta da strumenti più flessibili, prime tra tutte le clausole generali.

È questo un percorso faticoso ma quanto mai necessario: si tratta, in ultima analisi, di opporre al crollo dello stato e del mercato un'ermeneutica del diritto civile in grado di costruire le infrastrutture del comune.

[55] Per quanto concerne la teoria dei beni, si colloca in questa linea il recente dibattito in materia di beni comuni, sul quale si rinvia, tra gli altri, a U. Mattei, *Beni comuni, un manifesto,* Roma-Bari, 2011; M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato, per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà e i beni comuni,* Bologna, 2013; A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milano-Udine, 2016. Tra gli studi in materia di proprietà che adottano questo approccio si segnala U. Mattei, *La proprietà,* cit.; A Quarta, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016. Intraprendono un'analisi del contratto, in questa prospettiva, U. Mattei, A. Quarta, *The Turing Point in Private Law. Ecology, Technology and the Common(s)*, Basinkstoke, 2018, in corso di pubblicazione. Per un inquadramento teorico generale di queste prospettive, in relazione al ruolo che rispetto ad esse gioca il diritto civile, v. M. Spanò, *Situazioni dell'autonomia,* cit.

[56] V. F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Arezzo, 2017.

I POTERI PRIVATI, PERSONA E SUCCESSIONI

Massimo Foglia

Autodeterminazione terapeutica e poteri della persona nella relazione di cura

Sommario: 1. Premessa – 2. La ribellione del soggetto: la privatezza del corpo – 3. «Poteri di fatto» del medico, «poteri di diritto» del paziente – 4. Il consenso come limite della medicina tecnologica – 5. Morfologia del consenso all'atto medico – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'opera di C.M. Bianca, *Le autorità private* (1977), rivaluta le posizioni autoritarie tradizionalmente ammesse nel diritto privato alla luce del principio costituzionale di eguaglianza e di pari trattamento nei rapporti con lo Stato e in quelli tra i privati.

I protagonisti dell'opera sono, per così dire, i detentori dei poteri. Poteri previsti dalla legge in alcuni casi e poteri di fatto in altri. In tutte le situazioni di illegittimo assoggettamento della persona al potere decisionale altrui, compito dell'ordinamento giuridico è rimuovere quegli ostacoli che impediscono l'eguaglianza della persona, domare quei poteri che creano disparità giuridiche e intervenire nello spazio dei rapporti privati, garantendo ad ogni essere umano il diritto alla giustizia.

Nel panorama attuale l'indagine può estendersi a nuovi territori del diritto privato e della vita civile. La tecnica e il progresso hanno mutato il contesto sociale e fatto emergere nuove esigenze di tutela della sfera personale dei singoli.

Un esempio, nella prospettiva dei "nuovi" spazi dell'autonomia privata, è la questione dei diritti del malato nella relazione di cura, con particolare riferimento al principio di autodeterminazione terapeutica e al consenso al trattamento medico.

Per molto tempo la posizione del medico è stata assimilata a quella

del titolare di *potestà* proprie del diritto delle persone[1]. Da una medicina ippocratica e paternalistica si è giunti ad una medicina fortemente tecnologizzata, alla base della quale la giustificazione del trattamento medico si pone come requisito indispensabile e presupposto di liceità dell'intervento sanitario[2].

La recente approvazione della legge in tema di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento conferma il valore cardinale del consenso all'atto medico. Essa pone al centro della cura il "rapporto" tra il medico ed il paziente, facendo della *consensualità* la legge della relazione di cura, atteso che è nella dimensione del consenso che si crea l'incontro fra la competenza della persona a decidere di sé e la competenza del medico nell'espletare l'attività terapeutica[3].

Tuttavia, come si dirà, ancor oggi il rapporto medico-paziente appare asimmetrico e diseguale. La pratica del consenso informato si riduce molto spesso all'acquisizione di un consenso "modulistico" che non porta benefici alla relazione di cura ma la danneggia[4]. Non solo essa non risolve le asimmetrie informative fra il medico e il paziente, ma non permette a quest'ultimo neppure scelte meditate e consapevoli.

Tale sbilanciamento di poteri ben lo si vede nel processo comunicativo medico-paziente, che sta alla base dell'acquisizione del consenso informato, ma non solo per quanto attiene alla mera informazione medica[5]. Non

[1] L'idea dell'opera "*Le autorità private*", ci racconta il suo A., nasce all'inizio degli anni Settanta del secolo scorso quando ancora esisteva la potestà maritale, nonostante la Costituzione disponesse l'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi.

[2] V. R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, p. 12 ss., dove si pone in risalto la funzione "riequilibratrice" del consenso informato in favore di una maggiore autonomia del paziente, sottolineando che «la capacità del consenso di rappresentare condizione di legittimità dell'atto terapeutico sottrae passività al ruolo del malato».

[3] P. Zatti, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 8; R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., p. 65: «In questa prospettiva il ruolo professionale del medico muta sensibilmente, arricchendosi di nuovo contenuto: non gli è più possibile agire solamente da specialista, incaricato di accettare relazioni patologiche di causa-effetto il cui antidoto va rinvenuto in un'azione terapeutica impersonale, asettica ed oggettiva; gli è, invece, richiesto di divenire guida che sfrutta la propria sensibilità ed il proprio sapere nella costruzione di una relazione personale con il *proprio* paziente, in grado di aiutarlo nella difficile elaborazione di un personale significato dell'idea di salute nella difficile convivenza con la malattia» (corsivo dell'A.).

[4] Un'interessante indagine sul campo è, di recente, svolta da C. Quagliariello, C. Fin, *Il consenso informato in ambito medico. Un'indagine antropologica e giuridica*, Bologna, 2016.

[5] V. P. Zatti, *«Parole tra noi così diverse». Per una ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 143 ss., in cui si mette in luce il problema della

servono le statistiche per sapere che sovente la comunicazione tra il medico e il paziente è unidirezionale e asimmetrica, e che molti pazienti soffrono della mancanza di un dialogo autentico con il medico[6]; dialogo che non dovrebbe essere relegato alla medicina umanitaria o umanista[7], perché curare è compito della medicina globalmente intesa e, soprattutto, perché «*il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura*»[8].

Ecco perché è indispensabile abbandonare il concetto di consenso inteso come *atto* in favore di un più realistico consenso inteso come *rapporto*. Un consenso, vale a dire, che postula una reale interazione tra medico e paziente, basata sull'ascolto e sul dialogo, in grado di offrire le condizioni di una vera consensualità in un più ampio e autentico "contesto relazionale"[9]. Una consensualità che va vista, nello stesso tempo, come specchio della persona che progetta le proprie sorti terapeutiche e come limite insuperabile ai trattamenti sanitari proposti, laddove questi non fossero accettati dal loro destinatario.

Da questa prospettiva, il tema può essere affrontato sotto il profilo della

comunicazione *diseguale* tra il medico e il paziente.

[6] Che la comunicazione sia una parte importante del processo del prendersi cura del malato e dei familiari è sottolineato recentemente anche in A. Gusman, *Comuni-*care*: un percorso sulla comunicazione nel passaggio alle cure palliative*, in *Sal. e soc.*, 2015, p. 159 ss.

[7] V. E. D. Pellegrino, *Humanism and the Physician*, Knoxville, 1979, p. 9: «Medical humanism has achieved the status of a salvation theme, which can absolve the perceived "sins" of modern medicine. The list of those sins is long, varied, and often contradictory: overspecialization; technicism; overprofessionalization; insensitivity to personal and sociocultural values; too narrow a construal of the doctor's role; too much "curing" rather than "caring"; not enough emphasis on prevention, patient participation, and patient education; too much science; not enough liberal arts; not enough behavioral science; too much economic incentive; a "trade school" mentality; insensitivity to the poor and socially disadvantaged; overmedicalization of everyday life; inhumane treatment of medical students; overwork by house staff; deficiencies in verbal and nonverbal communication». Il pensiero del noto bioeticista americano è oggi raccolto in Id., *The Philosophy of Medicine Reborn. A Pellegrino Reader*, curato da H. Tristram Engelhardt Jr., F. Jotterand, Notre Dame, Indiana, 2008.

[8] Tale assunto, codificato già nel Codice di deontologia medica, è oggi recepito anche dall'art. 1, c. 8, della nuova l. 219/2017 dal titolo "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*".

[9] Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, 20 giugno 1992, p. 20. Il contesto relazionale è sottolineato dalla necessità che il consenso sia "informato", il che «rafforza la visione di un processo realmente partecipativo del paziente alle decisioni che coinvolgono il suo corpo e la sua salute, con ciò venendo meno l'idea di una sterile formalizzazione del rapporto nel quale l'adesione del malato al trattamento sia relegata a mera condizione di rimozione dell'illiceità penale del fatto» (così R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., p. 139).

distribuzione dei poteri nell'ambito della relazione di cura e della costruzione di uno spazio giuridico tale da assicurare alla persona il potere di governo di sé, il suo pieno sviluppo in un contesto sociale connotato dall'eguale dignità e dall'autonomia privata intesa come «*libertà* di esplicare la propria personalità morale», oltre che potere di autoregolamentare i propri interessi[10].

2. *La ribellione del soggetto: la privatezza del corpo*

Da questione squisitamente etica, il rapporto tra il medico e il paziente è nel tempo diventato un problema giuridico[11]. A partire dal Medioevo europeo si assiste ad una razionalizzazione giuridica dei rapporti umani che presto si trasforma in una «*svolta di tipo contrattuale* della fiducia, o della sfiducia, del malato verso il medico»[12].

È però nella società secolarizzata del XIX secolo che avviene ciò che il medico-filosofo spagnolo Pedro Laín Entralgo definisce la "ribellione del soggetto", espressione che designa «il modo in cui l'infermo, più o meno coscientemente, ha chiesto o preteso di essere clinicamente considerato "soggetto", cioè "persona", e non semplice "oggetto" prezioso o senza valore»[13].

Muta il rapporto tra il medico e il malato. La prestazione sanitaria, e in particolare quella ospedaliera, assume un carattere contrattuale. Da un affidamento del proprio corpo senza condizioni si passa ad un'effettiva consapevolezza del *diritto* all'assistenza: il malato diviene un «avente diritto» ed «il corpo, da *res publica*, diventa privato»[14].

Ecco che, nell'ambito di quella che C.M. Bianca definisce la *socializzazione* del nostro sistema[15], per via dell'amministrazione pubblica dei grandi servizi sociali, nella specie la sanità, «il progressivo evolversi della libertà da una originaria dimensione negativa ad una più propriamente positiva porta tuttavia con sé, per una singolare eterogenesi dei fini, la conversione della libertà individuale in libertà funzionale. E finisce così per risolvere la libertà

[10] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 88 (corsivo dell'A.).
[11] V., per tutti, U.G. Nannini, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989.
[12] P. Laín Entralgo, *El médico y el infermo* (1969), trad. it. *Il medico e il malato*, Caserta, 2007, p. 86 (corsivo dell'A.).
[13] *Ibidem*, p. 123.
[14] *Ibidem*, p. 101 ss. e p. 122.
[15] Cfr. C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 90 ss.

in sicurezza sociale, ove solo si consideri che il soddisfacimento ultimo dell'autodeterminazione passa necessariamente attraverso l'organizzazione pubblica delle prestazioni»[16].

Nasce da qui l'idea moderna del consenso informato, incentrata, come si dirà, sul principio dell'autonomia privata. Dal momento che la cura delle malattie comincia ad essere percepita come «una serie di atti (analisi, visite corporali, trattamenti radiologici, operazioni chirurgiche)», l'attenzione del giurista si appunta sul problema della «disponibilità del terapeuta del corpo del malato» (*possessio corporis*)[17].

Inizia a cogliersi un rapporto di tensione tra libertà personale, intesa quale libertà *dallo* Stato, e potere di quest'ultimo. Libertà che consiste sempre in un potere, in una sfera di decisioni ed azioni riservata al singolo. Ci si pone nell'ottica di una *Körperverleztung*, ossia di un'infrazione del corpo che assume profili di antigiuridicità sotto forma di illecito, sia esso penale che civile. Intrusione che può giustificarsi soltanto in presenza del consenso al trattamento medico liberamente rilasciato dal paziente.

Il riconoscimento della centralità della persona del paziente e della sua libertà di determinazione è un dato da tempo acquisito all'interno dell'ordinamento giuridico[18]. Già nel contesto italiano dell'inizio del secolo scorso, un Autore sottolineava a chiare lettere: «Un trattamento medico-chirurgico, compiuto bensì secondo le regole dell'arte medica, ma senza il valido consenso del paziente o del suo rappresentante legale, costituisce –a meno che non si verta in stato di necessità– un fatto civilmente illecito e, dal punto di vista penale, se l'esito dell'operazione è sfavorevole, costituisce il delitto di lesione personale o di omicidio colposo, mentre se l'esito è favorevole può dar luogo, ove concorrano altre circostanze, a un delitto contro la libertà»[19].

---

[16] M. Cecchetti, L. Buffoni, *Le fonti nazionali*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del diritto,* in *Tratt. Rodotà-Zatti*, Milano, 2010, p. 813.

[17] U.G. Nannini, *Il consenso al trattamento medico*, cit., p. 9.

[18] Nella riflessione dei giuristi vi è stato negli ultimi tempi un progressivo slittamento dell'attenzione dal soggetto alla «persona». V., per tutti, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 140 ss., dove l'A., ricordando l'origine etimologica di "persona" (prosopon = maschera), osservava che vi è una maggiore attenzione nei confronti dell'individuo nel suo muoversi nel mondo reale, nel concreto della vita, piuttosto che come soggetto astratto. Nella letteratura civilistica i primi studi sistematici che danno avvio alla transizione dall'individuo alla persona si devono a G. Giampiccolo, *La tutela della persona umana e il cosiddetto diritto alla personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 458-473 e P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966.

[19] F. Grispigni, *La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Scuola pos.*, 1921, I, p. 493.

L'elaborazione giuridica, facendo i conti con l'assenza di una normativa di carattere generale in materia di consenso informato, ha negli anni affinato il pensiero. La base giuridica del diritto fondamentale all'autodeterminazione è, in epoca più recente, individuata dalla sentenza Corte cost. 438/2008, dove si afferma: «la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa identità personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione»[20].

Come nell'indagine di C.M. Bianca sulle autorità private, la Costituzione assume un ruolo di contenitore dei diritti fondamentali e degli interessi pubblici tutelati, la cui applicazione concreta, tuttavia, richiede uno sforzo interpretativo ulteriore, tale da consentire un'adeguata aderenza ai problemi della vita concreta[21], affinché il diritto crei le necessarie condizioni per aiutare il "debole" nella delicata elaborazione di un personale significato dell'idea di salute nella difficile convivenza con la malattia[22].

Punto di approdo di un percorso interpretativo dell'art. 32 Cost. è, dunque, l'affermazione di un diritto fondamentale all'autodeterminazione[23], che oggi ha finalmente trovato un chiaro ed esplicito riferimento normativo

[20] Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328. In senso conforme: Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2889. Tra i precedenti: Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, c. 14, con nota di R. Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» ed in quello «passivo»*; Corte cost., 24 luglio 2000, n. 332, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2739; Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2003, I, c. 394, con i commenti di R. Romboli, A. Pensovecchio Li Bassi, V. Molaschi, A. Gragnani.

[21] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 92: «…le "formule" costituzionali non bastano tuttavia da sole a segnare la misura reale della tutela della persona. La scala concreta di tali valori e la misura effettiva dei limiti di sacrificio e di salvaguardia degli interessi della persona dipendono infatti dalle indicazioni che provengono dal contesto sociale e che valgono, in ultima analisi, a caratterizzare il regime politico vigente nell'ordinamento».

[22] R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., p. 65.

[23] A fronte di tale diritto di autodeterminazione corrisponde un obbligo giuridico riferito al medico curante, volto a fornire al paziente ogni elemento utile alla manifestazione cosciente del consenso richiesto, la cui violazione comporta la preclusione all'esercizio da parte del paziente del suo diritto di rifiutare l'intervento.

nel testo di legge recante il titolo «*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*», approvato in via definitiva dal Senato della Repubblica il 14 dicembre 2017[24]. Quest'ultimo intervento legislativo consacra il valore "fondativo" del consenso informato, cui «si attribuisce la funzione di sintetizzare, e dunque di dare espressione, ai diritti fondamentali della persona»[25] che governano il rapporto tra autorità e libertà del corpo.

3. *«Poteri di fatto» del medico, «poteri di diritto» del paziente*

Il termine "consenso" rimanda, in primo luogo, al concetto di consenso-*atto*, ossia di atto posto a fondamento del negozio giuridico. L'espressione "autodeterminazione" trova infatti la sua dimensione originaria nel campo dei rapporti patrimoniali, dove, discutendo di autonomia privata[26] nel contesto della proprietà e delle transazioni economiche, compare per la prima volta il termine "autodeterminazione", nel senso generale di «autoregolamento dei propri interessi tra gli interessati»[27].

Il principio di autodeterminazione nel governo del corpo è concettualmente ben distinto dal consenso nelle transazioni economiche[28]. Nell'ambito dei rapporti patrimoniali, il problema pratico dell'autonomia privata si lega all'esigenza della circolazione dei beni; esso, seppur riconducibile ad un profilo di autodeterminazione dei singoli, è circoscritto al reperimento

[24] Il cui primo articolo, dal titolo «*Consenso informato*», dispone così "La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge".

[25] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 265.

[26] Sulla definizione di autonomia v., per tutti, S. Romano, *Autonomia*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983 (ristampa inalterata della prima edizione dell'anno 1947), p. 14 ss. V. anche P. Rescigno, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, p. 3 ss.

[27] Come nota S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 263, dell'espressione «autodeterminazione» nell'ambito dei rapporti patrimoniali ne fa uso già E. Betti nell'opera *Teoria generale del negozio giuridico* (1950), 2ª ed., Torino, 1952, p. 40 ss.

[28] La sostanza del consenso nella relazione di cura non è sovrapponibile a quella dell'atto negoziale, quella, per intenderci, di chi stipula un contratto bancario. V., in tono efficace, P. Zatti, *«Parole tra noi così diverse». Per una ecologia del rapporto terapeutico*, cit., p. 148: «Il diritto che trasferisce in sala operatoria - o nel corridoio - le forme che valgono per un contratto bancario fa piangere».

di beni e servizi nel contesto del mercato[29]. Il diritto all'autodeterminazione che riguarda la vita, invece, è del tutto estraneo al contesto delle transizioni economiche.

Il consenso assume un nuovo e peculiare significato nell'ambito della personalità, poiché mira a soddisfare esigenze diverse: «da un lato, di assicurare una signoria dell'interessato - e dunque una rilevanza del volere - attraverso criteri di capacitazione non soggetti a limiti standardizzati; dall'altro di risolvere l'*impasse* che risulterebbe dall'incapacità legale a prestare il consenso - combinata con l'impraticabilità della rappresentanza - in vista dell'interesse alla salute»[30]. Ci si allontana dalla nozione classica di autonomia privata perché, come è stato osservato, è la «biografia», e non la «biologia», ad essere implicata[31].

Dal consenso del paziente non scaturisce un accordo né un vincolo che impegni il medico. In dottrina è definito un "assenso", e cioè «un atto di volontà che rimane caratterizzato dalla sua unilateralità e che dunque non va mai a coniugarsi con un'altra volontà in un accordo»[32]. Posto nei termini di un'*autorizzazione* di cui il medico o la struttura sanitaria necessitano per potere agire sul paziente, tale assenso può, in ogni momento, essere revocato dal paziente. La sua revoca fa venir meno ogni potere di azione riferibile al medico o alla struttura. Ma in una prospettiva antropologica, o per meglio dire umanistica, è senz'altro preferibile riferirsi al "consenso", anziché ad un più scarico "assenso": perché "assentire" è come «*sentire ad*», cioè in rapporto a un'altra cosa: «e quindi importa distanza dall'oggetto cui si dà l'assenso»[33]; mentre "consentire", ovverosia "sentire insieme", importa «unione alla cosa cui si consente»[34].

Per molto tempo, come detto, la posizione del medico è stata assimilata a quella del titolare di *potestà* proprie del diritto delle persone. Il medico rivestiva una *posizione* "di fatto" *autoritaria* nell'ambito della relazione di cura. E, come si è già anticipato, in parte è così ancora oggi. Tuttavia, dove

[29] V. C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 87 ss.
[30] U.G. Nannini, *Il consenso al trattamento medico*, cit., p. 153 s.
[31] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 250-254 e pp. 271-276.
[32] C. Castronovo, *Autodeterminazione e diritto privato*, in F. D'Agostino (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Milano, 2012, p. 62 ss.: il quale osserva che il malato che «rinuncia al trattamento che lo tiene in vita non chiede al medico di aiutarlo al suicidio, bensì revoca il consenso che giustifica l'intervento medico e senza del quale quest'ultimo costituirebbe una ingiusta aggressione o violenza fisica…».
[33] S. Tommaso D'Aquino, *La beatitudine. Gli atti umani*, in *La somma teologica*, VIII, Bologna, 1995, p. 314.
[34] *Ibidem*.

in passato era subordinazione a poteri esterni pubblici e privati, troviamo in epoca attuale un potere attribuito direttamente alla persona del malato[35]. È in forza del principio stabilito dall'art. 32 Cost. che, configurandosi un trasferimento di potere - e insieme di sovranità - dallo Stato all'individuo, la persona diviene sovrana di decidere della propria salute[36].

Nella riflessione del giurista su vita e corpo, nella prospettiva indicata proprio dal rapporto tra individuo e Stato, è stata evidenziata la presenza di una «riserva di sovranità», che «nella sua versione più forte si riferisce a un'affermazione di *sovranità*: la sottrazione di una parte, di ciò che è originariamente "mio", alla cessione di sovranità del contratto sociale; che è poi il significato originario di "privato", *privus*, un confine dentro al quale non entra il potere della *res publica*»[37].

4. *Il consenso come limite della medicina tecnologica*

Il problema dei poteri della persona con riferimento al tema della salute è oggi più che mai urgente. Il diritto è infatti chiamato ad essere arbitro tra natura e scienza, ma la sua risposta dev'essere una risposta *aperta*, perché variegata e complessa è l'esperienza clinica. Ci troviamo di fronte ad una medicina tecnologica, all'avanzamento della scienza medica e al ruolo sempre più esteso delle biotecnologie. La modernità ci ha abituati «alla concorrenza combinata tra il potere dei medici e quello dei giudici nell'applicazione delle leggi biopolitiche e al bidirezionale movimento tra la biologizzazione della politica ed il controllo giuridico della medicina»[38].

L'era della tecnica induce a riconsiderare i dati dell'esistenza umana e richiede una nuova, indispensabile etica della responsabilità[39]. L'uomo

[35] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 250 ss.

[36] *Ibidem*, p. 256 ss., pp. 295-297, il quale, riprendendo i termini del dibattito dell'Assemblea costituente sulla costituzionalizzazione della persona, osservava come il riferimento alla libertà personale di cui all'art. 13 Cost. rimanda alla Magna Carta del 1215 e al principio dell'*habeas corpus*, in cui era racchiusa la promessa del re nei confronti di ogni uomo libero: «non metteremo né faremo mettere la mano su di lui, se non in virtù di un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese».

[37] P. Zatti, *Principi e forme del «governo del corpo»*, in Aa. Vv. (a cura di), *Il governo del corpo,* in *Tratt. Rodotà-Zatti*, Milano, 2011, II, 1, p. 125.

[38] M. Cecchetti, L. Buffoni, *Le fonti nazionali*, cit., p. 817. Sul tema è fondamentale il rinvio a G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, pp. 157-159 e p. 177.

[39] V. H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung* (1979), trad. it. *Il principio responsabilità*,

non accetta più il dato della morte, che spesso sopraggiunge in maniera traumatica, e in medicina fa ancora difetto una cultura della terminalità e delle cure palliative.

Non è facile comprendere qual è il *limite* della medicina oltre il quale è opportuno non spingersi. Qualche medico lo ammette: «Un tempo pensavo che la cosa più ardua del mestiere di medico fosse acquisire le necessarie competenze. […] No, mi sono reso conto che la cosa più difficile è capire dove comincia e dove finisce il nostro potere»[40].

Il medico deve avere coscienza dei propri limiti e riconoscere quando la sua scienza non può produrre la guarigione: «Oggi disponiamo delle sofisticate risorse della medicina moderna. Imparare ad usarle è piuttosto difficile. Ma la cosa in assoluto più difficile è comprenderne i limiti»[41].

Sin dai tempi della Grecia classica lo scopo attribuito alla medicina era di liberare i malati dalle sofferenze e contenere la violenza della malattia[42], ciò «nella consapevolezza dei propri limiti operativi e della superiorità occasionale delle forze della natura, su cui si fonda un impegno etico al non accanimento»[43].

Il problema del limite della medicina si fa sempre più angosciante, per via dell'inarrestabile progresso delle biotecnologie. Tuttavia resta impossibile parlare del confine tra ciò che si può e ciò che non si può fare come se fosse una linea tracciata con chiarezza sul letto d'ospedale. È proprio vero che in assenza di qualunque certezza vogliamo medici che lottano? Medici, cioè, che non si rassegnano, provano diverse terapie e cercano sempre qualcosa in più da fare? Non sempre è possibile effettuare una prognosi sicura. E neppure la diagnosi: talvolta i medici sono costretti ad ammettere la loro impotenza di fronte ad un male di cui non riescono a trovare la causa.

Un giornale locale racconta di un ragazzo con gravissime lesioni toraciche salvato dai medici dell'ospedale cittadino grazie ad una tecnica che andava contro tutti i manuali[44]. Intervistato il Direttore dell'Unità di

Torino, 2009.

[40] A. Gawande, *Better. A Surgeon's Notes on Performance* (2007), trad. it. *Con cura. Diario di un medico deciso a fare meglio*, Torino, 2008, p. 144.

[41] *Ibidem*, p. 147.

[42] Il giuramento di Ippocrate che accompagnerà nei secoli la professione medica recita solennemente: «Sceglierò il regime per il bene dei malati secondo le mie forze e il mio giudizio, e mi asterrò dal recar danno e offesa». E aggiunge: «In tutte le case che visiterò entrerò per il bene dei malati, astenendomi da ogni offesa e da ogni danno volontario». Per un approfondimento v. I. Andorlini, A. Marcone, *Medicina, medico e società nel mondo antico*, Firenze, 2004, spec. p. 56 ss., p. 138 ss., p. 146 s.

[43] V. Gazzaniga, *La medicina antica*, Roma, 2014, p. 16.

[44] L'Eco di Bergamo, 9 ottobre 2017.

Anestesia e Rianimazione della struttura spiega che il ragazzo è stato tenuto per dodici giorni attaccato all'Ecmo[45] (un dispositivo - leggasi una macchina - che si sostituisce a cuore e polmoni nell'ossigenazione del sangue) senza l'impiego, che di regola invece avviene, di anticoagulanti. Un intervento definito "unico", perché -dicono i medici- senza anticoagulanti il dispositivo avrebbe potuto bloccarsi.

Ma chi stabilisce il confine? Non c'è linea guida in grado di dire dove e quando finisce il potere del medico. Preoccupano quelle situazioni, purtroppo non infrequenti, di malattie gravi e incurabili a causa delle quali una vita del paziente fuori dall'ospedale è impensabile. Qui si aprono scenari in cui il principio di autodeterminazione si intreccia con altri valori, come la dignità della persona, il diritto sul proprio corpo, l'identità stessa[46].

Nelle guerre in Iraq e in Afghanistan, i chirurghi militari americani inviati sul fronte hanno imparato a salvare soldati che mai in passato si sarebbero salvati, soldati con gravi ferite, ustioni e arti perduti[47]. Ma chi decide se si possa vivere una vita dignitosa senza braccia o con una sola mano?

Si impone perciò una nuova riflessione sui limiti del potere statuale sul governo del corpo, tenuto conto che la consensualità nella relazione di cura segna anche il limite ai trattamenti, pure quando essa dovesse esprimersi in un'ottica futura, come per il caso della pianificazione delle cure o delle disposizioni anticipate di trattamento.

L'art. 5 c.c., che proibisce gli atti di disposizione del proprio corpo comportanti una diminuzione permanente dell'integrità fisica, è spesso stato considerato un possibile ostacolo all'efficacia di manifestazioni di volontà finalizzate al rifiuto di cure[48]. Tuttavia, nel quadro generale sino ad ora tratteggiato, è certamente da preferire una lettura evolutiva della norma che, in armonia con il dettato costituzionale, ammetta la validità ed efficacia della manifestazione di volontà volta a determinare le proprie

[45] *ExtraCorporeal Membrane Oxygenation* (Ossigenazione Extracorporea a Membrana).

[46] R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., p. 104 ss., il quale definisce il concetto di salute come "contenitore" di valori che trascendono la dimensione del *corpo* e fanno riferimento all'idea di "integrità della persona", nozione distinta da quella di interezza fisica: «È significativo notare come nella tradizionale rappresentazione della salute, dove il centro di attrazione sembra essere il *corpo*, v'è però spazio per una zona di estensione all'*aspetto psichico*, secondo la nota formula della "integrità *psico*-corporea" o "*psico*-fisica"» (corsivo dell'A.).

[47] V. A. Gawande, *Con cura. Diario di un medico deciso a fare meglio*, cit., p. 50 ss.

[48] Cfr. D. Carusi, *Rifiuto di cure e direttive anticipate: diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 697; M. Dogliotti, *La vita e l'integrità fisica*, in *Tratt. Rescigno*, II, I, Torino, 2008 (ristampa), p. 96 ss.

scelte terapeutiche[49], così come oggi esplicitamente stabilisce la disciplina normativa contenuta nella nuova legge, più sopra menzionata, in materia di consenso informato.

Per uscire dalla dicotomia disponibilità/indisponibilità degli atti di disposizione del corpo, occorre, sul piano assiologico, effettuare una valutazione comparativa dei valori e degli interessi in gioco: un punto di equilibrio può essere individuato attraverso il principio personalista, in base al quale la persona è centro dei valori fondanti dell'ordinamento e quindi delle regole sociali. Fintantoché le scelte della persona si esauriscono nella sua sfera, il principio personalista implica «che il singolo possa decidere di darsi la morte, di lasciarsi morire rifiutando di alimentarsi o di curarsi, di mantenersi nella condizione di malattia, di procurarsi lesioni, sempre che tutti questi atti non coinvolgano terzi, cioè la loro attività o i loro diritti»[50].

Sul piano della distribuzione dei poteri nel rapporto con lo Stato, non si tratta di assicurare la libertà al singolo di «poter fare quello che vuole» all'interno della sua sfera privata: bensì di favorire l'esercizio più effettivo possibile della sua autonomia[51]. Il diritto interviene per consentire alla singola persona - attraverso la garanzia dello Stato «pluralista»[52] - di sottrarsi alla omologazione dei comportamenti e delle personalità individuali, e resistere così all'imposizione di identità dall'esterno[53].

[49] Cfr. G. Alpa, A. Ansaldo, Sub. *Art. 5*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2013, p. 365 ss. e p. 382 ss.; R. Romboli, Sub. *Art. 5*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 245 ss.

[50] G. Alpa, A. Ansaldo, Sub. *Art. 5*, cit., p. 382 ss., dove si prosegue sostenendo che il soggetto «ha la libertà di assumere veleni, pozioni, palliativi, sempre che sia *compos sui*, che sia maggiorenne, che non gli siano propinati da soggetti che svolgano abusivamente l'attività medica».

[51] G. Marini, *Il consenso*, in S. Rodotà, M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del diritto,* cit., p. 396.

[52] La Suprema Corte nel «caso Englaro» lo ha chiaramente sottolineato: «Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta» (così, Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, commentata da molti, tra cui F. Gazzoni, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Dir. fam.*, 2008, p. 107 ss. e F.D. Busnelli, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2008, p. 960 ss.

[53] G. Marini, *Il consenso*, cit., p. 362 ss. Del resto, come visto più sopra, il discorso si snoda ancor prima sul piano del diritto costituzionale e delle libertà individuali, rispetto al quale l'autodeterminazione del singolo risulta essere una diretta e ineludibile conseguenza. Su questo profilo v. P. Sirena, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 107: «Dal punto di vista non soltanto della politica del diritto, ma forse ancora prima della filosofia politica, si può

Ciò è ancor più evidente nelle situazioni di fine vita, dove la decisione dell'uomo - quando possibile - implica una scelta tra il vivere una vita che si ritiene degna di essere vissuta e il morire "con dignità". Da questa angolatura può scorgersi un'apparente dicotomia del bene "salute", se visto come un diritto per il singolo da un lato, e come interesse per la collettività dall'altro. In astratto tale bipartizione potrebbe legittimare quell'asimmetria di potere che concretamente struttura i rapporti tra individuo e società. A ciò, tuttavia, si oppone che la tutela della salute è affermata sul piano costituzionale come *modo di essere* della persona ed *espressione della sua sfera di libertà*, che non può certo subire alcuna *deminutio* nel rapporto-confronto con le esigenze collettive[54].

L'importanza di individuare e attuare la volontà del malato risponde all'esigenza di tutelare la persona in tutte le sue espressioni e prerogative, dai fondamenti ultimi dell'*habeas corpus* e della dignità, ai diritti fondamentali di integrità, identità morale, personalità e autodeterminazione[55]. Il criterio è fondato sul rispetto della persona umana, come indicato dall'art. 32 Cost., e persegue l'obiettivo di preservare lo *status* del malato, garantirgli un valore sociale fino all'ultimo, evitando che egli subisca trattamenti *invito domino* e abbia a trovarsi in una condizione di "non vita" e di "non morte", espropriato dell'ultimo tratto della sua esistenza e prigioniero di un corpo, sino a non riconoscere più se stesso[56].

5. *Morfologia del consenso all'atto medico*

La comprensibile esigenza di "documentare" il consenso esplicitamente

dire che una società è costituzionalmente basata sulle libertà individuali quando il potere pubblico ha anzitutto il compito di proteggere e di incentivare l'autodeterminazione di ciascun individuo, non di funzionalizzarla al perseguimento di obiettivi centralizzati».

[54] B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, p. 30 ss.

[55] P. Zatti, *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 1. Sulla definizione di persona e sul problema c.d. identitario, v. P. Schlesinger, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 379 ss.

[56] Ci si chiede - con le parole di Georg Gadamer - «Fino a che punto il medico può mitigare le sofferenze, se insieme al dolore sottrae anche la personalità, la vita di cui essa è pienamente responsabile così come la sua morte? […] L'"anima" non è un ambito parziale, bensì la complessiva esistenza corporea dell'uomo. Aristotele già lo sapeva. L'anima è la vita del corpo» (G. Gadamer, Über die Verborgenheit der Gesundheit (1963), trad. it. *Dove si nasconde la salute*, Milano, 1994, p. 181).

manifestato dal paziente non deve contrastare con le diverse modalità di accertamento della volontà della persona individuate dal c.d. «biodiritto». Nella prospettiva bioetica, dimensione in cui si discute dell'«essere» e non dell'«avere», la volontà può difatti assumere forme diverse. Essa si può desumere anche da *fatti*, come da un modo d'essere della persona, e non solo da *atti.* Prima di mettersi in cerca della firma del paziente, serve trovare la sua "anima". L'autodeterminazione può, ad esempio, identificarsi nel progetto di vita realizzato e perseguito dalla persona. Basti pensare alla nota vicenda di Eluana Englaro, dove la Corte di Cassazione ha potuto fare esplicito riferimento agli stili di vita come a uno dei criteri da seguire per l'accertamento dell'effettiva volontà della persona in relazione alle scelte riguardanti la fine della vita.

La ricostruzione della volontà, quando non è manifestata in uno specifico atto di autodeterminazione, si sostanzia nella dinamica di un processo, in cui assumono un rilevante significato anche «i desideri precedentemente espressi». Formula che troviamo nella Convenzione sulla biomedicina (art. 9), e che è stata successivamente recepita anche nel Codice di deontologia medica (art. 34).

Il consenso è stato perciò anche definito «biografico»[57] e la salute «identitaria»[58]. Il che consente quel passaggio concettuale che muove da un consenso inteso come «atto giuridico» per giungere ad una più realistica idea del consenso quale «processo relazionale di decisione»[59]. Tutto ciò impone di esplorare i confini della c.d. autodeterminazione terapeutica e sondare il rapporto tra il valore della "vita" e quello di "libertà" per cogliere il significato del "consenso" nella bioetica, intimamente legato alla biografia e al concetto di vita della persona che lo esprime[60].

[57] Usa questa espressione S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 273, per affermare che «è dunque la stessa persona che può decidere la misura dell'accettabilità dell'intervento esterno».

[58] R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., p. 69 ss., il quale indaga la tendenza, oggi sempre più consolidata, a sostituire l'idea tradizionale di salute in senso "medicale" con una concezione di salute rappresentativa dell'armonia con l'immagine di Sé.

[59] P. Zatti, *Il processo del consenso informato*, in L. Klesta Dosi (a cura di), *I nuovi diritti nell'integrazione europea: la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, 2000, p. 214 ss.

[60] Sul tema v. M. Foucault, *Naissance de la clinique. Une archéologie du regard médical* (1963), trad. it. *Nascita della clinica. Una archeologia dello sguardo medico*, Torino, 1998, p. 27, dove l'A. sollecita il medico a "sintonizzarsi" sul personale significato dell'idea di salute di ciascun malato, così da «iniziare il lavorio infinito della conoscenza dell'individuo. […] il malato è la malattia che ha acquistato dei tratti singolari; è essa stessa presentata con ombra e rilievo, modulazioni, sfumature, profondità; e il travaglio del medico, nel descrivere la

Negli Stati Uniti, per citare un esempio, anche la presenza di un tatuaggio con la scritta «*Do Not Resuscitate*» impresso sulla pelle del paziente ha stimolato un interessante dibattito[61]. La sigla «DNR» (*Do Not Resuscitate*) rappresenta l'ordine scritto nelle cartelle cliniche, in presenza del quale il paziente non deve essere rianimato nel caso di arresto cardiaco[62]. Il «DNR» è un provvedimento teso a evitare di sottoporre a manovre rianimatorie cardio-polmonari un paziente che non ha prospettive di sopravvivere o di guarire dal morbo che lo ha condotto a una condizione critica estrema.

Ebbene, in casi del genere i medici statunitensi non hanno ignorato il *fatto* che incidersi sulla pelle la scritta "non rianimare" potesse essere il segno esteriore di un forte e reale intendimento della persona a non subire tecniche di rianimazione. Del resto, che una persona giunga a farsi tatuare sulla pelle un'espressione che nella pratica sanitaria porta con sé un significato ben preciso, dovrebbe far pensare che dietro a tale gesto possa esservi una richiesta di ascolto, forse anche d'aiuto, di una persona che teme l'accanimento terapeutico e che considera la vita entro certi canoni di dignità che le cure ad oltranza possono minare irreparabilmente.

In un primo momento, nel caso sopra accennato, i medici decisero di non assecondare la volontà desumibile dal solo tatuaggio "non rianimare", sulla base del principio secondo cui, se la volontà del paziente non è accertabile in maniera inequivocabile, è sconsigliabile adottare soluzioni terapeutiche in qualche modo irrevocabili.

Tuttavia, l'ineludibile presenza del tatuaggio spinse subito i medici a chiedere un parere al competente comitato di bioetica, che suggerì loro

malattia, consisterà nel restituire questo spessore vivente…».

[61] È quanto i medici di un ospedale della Florida hanno trovato tatuato sulla pelle di un paziente settant'enne ricoverato in stato di incoscienza. Il paziente, senza famiglia e senza documenti d'identità, è giunto in ospedale in gravi condizioni, un elevato tasso alcolemico nel sangue e alle spalle una storia clinica già caratterizzata da patologie varie. Il caso, balzato alle cronache della stampa internazionale, è stato discusso nella rivista *The New England Journal of Medicine: An Unconscious Patient with a DNR Tattoo*, in 22 *The New England Journal of Medicine* (2017), p. 2192 Ss. Per un approfondimento v. R.G. Lande, B.A. Bahroo, A. Soumoff, *United States Military Service Members and their Tattoos: a Descriptive Study*, in 178 *Military Medicine* (2013), pp. 921-925; L. Cooper, P. Aronowitz, *DNR Tattoos: a Cautionary Tale*, in 27 *Journal of General Internal Medicine* (2012), p. 1383; Aa. Vv., *Code Status Discussions and Goals of Care among Hospitalised Adults*, in 35 *Journal of Medical Ethics* (2009), pp. 338-42; Aa. Vv., *Documentation of Advance Care Planning for Community-Dwelling Elders*, in 13 *The Journal of Palliative Medicine* (2010), pp. 861-867; Aa. Vv., *Advance Directives for Seriously Ill Hospitalized Patients: Effectiveness with the Patient Self-Determination Act and the SUPPORT Intervention*, in 45 *Journal of the American Geriatrics Society* (1997), pp. 500-507.

[62] Dizionario di medicina Treccani (2010): *www.treccani.it.*

di rispettare la volontà del paziente così come rappresentata dal tatuaggio inciso sulla pelle dell'uomo, giacché «it was most reasonable to infer that the tattoo expressed an authentic preference, that what might be seen as caution could also be seen as standing on ceremony, and that the law is sometimes not nimble enough to support patient-centered care and respect for patients' best interests»[63]. Dunque è preferibile -afferma il comitato di consulenza bioetica - ritenere che il tatuaggio fosse espressione dell'autentica volontà del paziente, piuttosto che rimanere ancorati ai rigidi formalismi di espressione del consenso o dissenso alle cure richiesti dalla legge, seguendo i quali si correrebbe il rischio di trascendere la volontà del malato. L'obiettivo, insomma, è tutelare la persona e fornire ad essa il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza. Il malato è persona debole e sofferente ed è compito del diritto offrirgli adeguati strumenti di protezione.

Il paziente morì nella notte, a causa del peggioramento delle condizioni cliniche, senza sottoporsi a tecniche per la rianimazione cardiopolmonare e ventilazione meccanica. Come il piccolo Oscar della prodigiosa fiaba di Éric-Emmanuel Schmitt, anche lui ha potuto compiere la sua vita andando incontro alla sua morte: «Solo Dio ha il diritto di svegliarmi»[64].

6. *Conclusioni*

La complessità del tema della salute è, come visto, figlia dell'età della tecnica. Assistiamo ad un progresso tecnologico dai risvolti rischiosi ed imponderabili. I mutamenti indotti dall'innovazione scientifica e tecnologica, soprattutto quando questa incide sul modo in cui si nasce e si muore, condizionano profondamente la vita dell'uomo e richiedono una nuova etica della responsabilità.

Nell'epoca della tecnica l'*homo faber* rivolge le sue opere su se stesso, sino al punto di dover riconsiderare i dati dell'esistenza umana[65]. È il caso della mortalità umana e del tema del prolungamento della vita: l'uomo

[63] *An Unconscious Patient with a DNR Tattoo*, cit. Si apprende, peraltro, che successivamente al ricovero fu rinvenuto anche l'ordine sottoscritto dal paziente di rifiuto alle tecniche di rianimazione, che confermava dunque la volontà del paziente in tal senso.
[64] É. Schmitt, *Oscar et la dame rose* (2002), trad. it. *Oscar e la dama in rosa,* Milano, 2005, p. 90.
[65] V. H. Jonas, *Il principio responsabilità*, cit., p. 24 ss.

non accetta più il dato della morte[66]. Muta il senso della nostra finitudine, cambia l'atteggiamento dell'uomo verso la morte. Se un tempo essa era un dato irrefutabile oggi è quantomeno differibile. L'uomo tende a mitizzare la medicina e si aspetta l'immortalità. La malattia viene vista come incidente di percorso o come insuccesso della medicina.

S'è visto che di fronte al potere tecnologico all'uomo non resta che fare ricorso al diritto e alle forme di regolazione giuridica nel tentativo di governare normativamente quella spinta utopica immanente nell'agire umano nell'era della tecnica moderna[67]. È il medico stesso che invoca una precisa coscienza etica e professionale del "limite" del proprio operare. Il morire, il *processo* del morire, non riguarda soltanto la persona malata, le persone care, i familiari, gli amici; riguarda anche chi "si prende cura" di queste persone. Dunque occorre prepararsi, progettare la propria "vita alla fine" e può essere utile l'apprendimento di una vera *ars bene moriendi*.

Occorre perciò trovare un punto di incontro, una soluzione che valorizzi tanto il ruolo dei medici quanto quello dei familiari del malato, lasciando però quest'ultimo al centro della scena, protagonista della decisione finale riguardante la propria vita. Tutte le volte che il paziente dimostri di avere una qualche capacità di discernimento, eventualmente accertabile mediante una valutazione psicologica, questa dovrà essere certamente vagliata e tenuta in considerazione. Nessun dubbio, invece, può porsi in quei soggetti che, benché affetti da malattie inguaribili in uno stadio avanzato, possiedono una lucida e ferma volontà con riguardo alle proprie sorti terapeutiche[68].

Lo studio di C.M. Bianca ha messo in luce come l'intervento dell'autorità statale sia valso nel tempo a controllare e a delimitare l'esercizio dell'autonomia privata, e in specie quella negoziale, anzitutto al fine di salvaguardare la parte "debole" nei confronti di chi ha i mezzi per abusare di fatto della libera contrattazione[69]. Ma il problema, oggi più che mai, si spinge *oltre* l'ambito negoziale, e, come si è cercato di argomentare, invade il campo della tutela della persona nell'ambivalente rapporto tra autorità e libertà del corpo. Il diritto non aiuta –anzi, è dannoso– se non crea le

[66] V. I. Heath, *Matters of Life and Death. Key Writings* (2007), trad. it. *Modi di morire*, Torino, 2009, p. 13 ss.
[67] Cfr. ancora H. Jonas, *Il principio responsabilità*, cit., p. 29 ss.
[68] Il riferimento è, ad esempio, ai «casi» Welby e Piludu. V., rispettivamente, Trib. Roma, 16 dicembre 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 844 ss. con commento di M. Azzalini, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*; e Trib. Cagliari, 16 luglio 2016, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 910 ss. con nota di A. Pisu, *Quando «il bene della vita» è la morte, una buona morte.*
[69] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 89.

condizioni perché il "debole" possa sviluppare un punto di vista *proprio*, secondo la logica del sostegno[70].

In questa direzione pare muoversi l'attuale legge in materia di consenso informato, più volte menzionata, nella parte in cui dispone che ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute[71], sottolineando il ruolo della comunicazione medico-paziente. Il dialogo fra il medico e il paziente, infatti, svolge una funzione decisiva se postula il riconoscimento dell'altro - il paziente - come persona, malgrado la sua condizione di debolezza causata della malattia. La comunicazione è autentica se si articola in un dialogo compassionevole che, pur nella differenza di ruoli, conservi integra la dignità della persona malata.

In questo senso la nuova norma riconosce espressamente il ruolo fondamentale dei sanitari, e dei familiari se il paziente lo desidera, nella costruzione della relazione di cura[72]. Ma sancisce altresì che la conoscenza e l'informazione stanno alla base della consensualità, favoriscono l'adozione di scelte meditate e consapevoli, consentono in definitiva di tracciare quel limite raggiunto il quale la scienza medica deve arrestarsi.

Si esaurisce il ruolo della medicina tecnologica, non quello del medico. Egli saprà accompagnare l'uomo al suo destino naturale, assecondando quel processo biologico e spirituale che è l'esperienza del morire, quell'ultimo stadio della vita che ciascuno, a modo suo, ha diritto di vivere[73].

[70] S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 28.
[71] Esiste, però, uno scarto tra la realtà normativa e la realtà clinica: benché la legge garantisca il diritto a essere informato, spesso il malato è l'unico a non conoscere la verità sulla diagnosi.
[72] Art. 1, c. 2, del testo di legge "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*", approvato in via definitiva dal Senato della Repubblica in data 14 dicembre 2017.
[73] Ne parla, di recente, il bel libro di G. Lonati, *L'ultima cosa bella. Dignità e libertà alla fine della vita*, Milano, 2017.

Luigi Nonne

Fondamento sistematico, natura giuridica e disciplina della clausola penale testamentaria

Sommario: 1. Introduzione – 2. Le ricostruzioni dottrinali in tema di natura e ammissibilità della pena nel testamento – 3. La clausola penale testamentaria tra sanzione e rafforzamento della volontà del de cuius – 4. Il diritto delle successioni e la qualificazione della pena nel testamento – 5. Il legato *poenae nomine* – 5.1. *segue:* La disciplina applicabile – 5.2. *segue:* Modus e legato penale – 5.3. *segue:* L'efficacia sanzionatoria del negozio testamentario di destinazione *ex* art. 2645-ter c.c. – 6. Legato a titolo di pena e funzione compulsoria – 7. Conclusioni: la pena testamentaria come fonte di obbligazioni.

1. *Introduzione*

Nell'atto di ultima volontà, il testatore può prevedere che l'erede o il legatario, qualora non adempiano ad una disposizione *ex legato* o *ex modo*, debbano effettuare un'altra e diversa prestazione[1] nei confronti dello stesso beneficiario del legato o del modo ovvero a favore di un ulteriore soggetto[2]. Più propriamente, tale clausola, denominata pena testamentaria, ha per presupposto necessario l'esistenza di una c.d. obbligazione principale, avente ad oggetto una prestazione di dare, di fare o di non fare che il testatore

[1] Si discorre a questo proposito di "obbligazioni testamentarie penali", secondo la terminologia adottata da S. Mazzarese, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990, p. 194, sulla scorta delle note riflessioni di G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, 2ª ed., Milano, 1980, il quale, distinguendo le obbligazioni testamentarie dai debiti ereditarî, dalle obbligazioni ereditarie e dalle obbligazioni successorie assistenziali, le definisce come «…le obbligazioni poste dal testatore a carico dell'erede in ordine ad un legato o ad un *modus*, ricollegati, l'uno o l'altro, all'istituzione (legittima o testamentaria) di erede, ovvero poste a carico di un legatario in ordine ad un sublegato o ad un *modus*, ricollegati ad una disposizione a titolo particolare».

[2] Tale previsione è annoverata tra i contenuti tipici del testamento da G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 5.

impone all'erede o al legatario[3]; essa, inoltre, contempla il verificarsi dell'inadempimento di una siffatta obbligazione in modo tale che, in séguito a tale evento, sorga il diritto di credito a favore del destinatario della c.d. prestazione penale[4], che può essere il beneficiario della prestazione principale ovvero un terzo[5]. Stante l'assenza di pronunce giurisprudenziali in materia[6], il compito di vagliare l'ammissibilità di un tale meccanismo, privo di una specifica regolamentazione normativa[7], è stato assolto dalla dottrina,

[3] Cfr. per quest'ultima ipotesi A. Giordano Mondello, voce *Legato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, s.d. (ma 1973), pp. 719-770, spec. p. 741, ove la disamina del legato *poenae nomine relictum* viene effettuata nell'àmbito della trattazione del sublegato (la quale si rinviene alle pp. 739-741).

[4] Cfr. V. M. Trimarchi, *La clausola penale*, Milano, 1954, pp. 154-162, spec. p. 157, ove si precisa che di disposizione testamentaria *poenae nomine* si possa e si debba parlare solo con riferimento alle previsioni le quali subordinano la loro efficacia alla mancata attuazione di un comportamento da parte del soggetto obbligato, erede o legatario.

[5] Si è di fronte, pertanto, ad un'attribuzione "reale" in favore dell'erede, e ad un'attribuzione "reale" ed obbligatoria a vantaggio del legatario; ad essa corrisponde, per la realizzazione del programma negoziale del testatore affidata alla collaborazione del soggetto onerato, una duplice disposizione attributiva a carattere obbligatorio: *i*) il legato o il *modus* a carico dell'erede o del legatario; *ii*) la previsione penale, con la quale il *de cuius*, a scopo rafforzativo, grava di una prestazione l'erede o il legatario inadempienti. Spunti in tal senso si rinvengono in C. Romano, *I legati*, in R. Calvo, G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, 2ª ed., II, Napoli, 2015, pp. 1111-1264, alle. pp. 1251-1253 (si v. in part. la p. 1251).

[6] Pronunce che, per contro, è dato riscontrare in materia di clausole che dispongono, in conseguenza dell'inadempimento di una disposizione testamentaria, la decadenza o la riduzione del lascito a favore dell'onerato. Si veda ad esempio Cass., 9 maggio 1966, n. 1180, in *Temi nap.*, 1967, pp. 124-126, con commento di P. Vaiano, *Disposizione testamentaria* poenae nomine *e disposizione sottoposta a condizione risolutiva*, *ivi*, pp. 124-125, nella quale venne reputata valida la condizione testamentaria risolutiva a carattere sanzionatorio tramite cui era stato vietato ai prelegatarî di alienare a persone diverse dai coeredi il bene loro attribuito a titolo di prelegato. Per maggiori approfondimenti sul punto rinvio alla trattazione di B. Toti, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, pp. 95-102, spec. p. 102, nt. 282, ove si rinvengono taluni esempi di clausole di decadenza, con i relativi approfondimenti giurisprudenziali, a testimoniare il fatto che, sotto questo profilo, la casistica offre spunti significativi in virtù dell'applicazione alle suddette clausole della disciplina in tema di fatti condizionali. Cfr. comunque T. Ascarelli, *Il codice civile e la sua vigenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, pp. 181-184, alla p. 182, ove il rilievo che la frequenza dei casi forensi non è sempre un indice dell'importanza pratica di un problema.

[7] Il rilievo è consueto negli studî in materia; si veda a titolo esemplificativo V. M. Trimarchi, *La clausola penale*, cit., p. 156. S. Mazzarese, *Le obbligazioni penali*, cit., p. 21, nt. 25 (che si rinviene alle pp. 19-22), nota opportunamente che l'assenza di un dato positivo concernente le disposizioni testamentarie, se fa registrare le carenze del diritto c.d. legislativo, apre tuttavia un vuoto giuridico destinato inevitabilmente ad essere colmato dalla esperienza giurisprudenziale e dottrinale.

le cui ricostruzioni, peraltro, pur prendendo le mosse dal presupposto comune del confronto strutturale e funzionale tra la penale testamentaria e quella contrattuale[8], sono pervenute ad esiti contrastanti[9]. Difatti, anche se, nella prestazione cui è tenuto l'onerato da un legato o da un *modus* testamentario, si è ravvisato, in caso di inadempimento di questi ultimi, uno strumento pianamente riconducibile alla logica del sistema successorio nelle forme del c.d. legato *poenae nomine*[10], non sono mancate opinioni che hanno sottolineato la diversità di struttura tra pena contrattuale e sanzione testamentaria[11]. In particolare, ammessa tipicamente la prima per espressa opzione del legislatore, la seconda avrebbe dovuto valutarsi in senso negativo, in quanto costituente eccezione al principio di tipicità delle

[8] Cfr. G. Bonilini, Sub *Art. 649*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2006, pp. 93-99, il quale, alla p. 96, rileva come, contemplando l'esecuzione della prestazione a favore di un successore o di un terzo, il testatore preveda una penale non dissimile da quella che, ai sensi degli artt. 1382 ss. c.c., i contraenti possono dedurre in un contratto, a fronte dell'inadempimento di una data prestazione contrattuale. Cfr., inoltre, Id., *La prelazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.,* 1984, I, pp. 223 -271, spec. pp. 262-263, ove, con riferimento alla penale posta a presidio di una prelazione testamentaria, si sottolinea come, qualora il testatore abbia manifestato la volontà di indirizzare il risultato economico che ha origine nell'inadempimento verso un soggetto il quale non ha sofferto alcun danno in conseguenza di esso, tale ipotesi ha più marcati (rispetto alla penale che avvantaggi lo stesso beneficiario della prestazione principale) i caratteri del *legatum poenae nomine relictum*; difatti, la disposizione penale non ha lo scopo di reintegrare un patrimonio leso, bensì di punire il beneficiario del bene che non ha ottemperato alla volontà prelatizia del *de cuius* (p. 263). Può aggiungersi a questo proposito che, se la "penale" mirasse a reintegrare il patrimonio del soggetto leso anziché a punire il trasgressore (o, meglio, a stimolarne psicologicamente l'adempimento), non si sarebbe di fronte ad una penale testamentaria in senso proprio, la cui funzione preventiva-afflittiva le è strutturalmente connaturata.

[9] Si veda quanto rilevato da R. Lenzi, *Le disposizioni afflittive*, in Aa. Vv., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, pp. 293-316, alla p. 296, che registra l'analogia di effetti della penale testamentaria rispetto alla penale contrattuale, là dove, per contro, risultano palesi le relative divergenze sia di natura strutturale sia di natura funzionale.

[10] Sicura in tal senso l'affermazione di G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, il quale, nella trattazione riservata all'istituto (pp. 157-170), afferma recisamente che la clausola penale testamentaria, se concretamente operativa, attribuisce un diritto di credito che non può che essere a titolo di legato. Si vedrà successivamente come questa conclusione debba essere parzialmente corretta, includendo anche il *modus* tra gli strumenti sanzionatorî a disposizione del *de cuius*.

[11] S. Mazzarese, *Autonomia testamentaria e disposizioni sanzionatorie*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, pp. 1801-1839, spec. pp. 1828-1831 e 1837-1838, osserva, alla p. 1822, che l'ammissibilità nel testamento di una funzione punitiva deve misurarsi in base alla conciliabilità dell'intento di punire con l'intento di liberalità e considerando la diversificabilità dei modi mediante i quali la funzione penale può caratterizzare determinate strutture testamentarie.

sanzioni e frutto dell'imposizione unilaterale in base alla volontà del *de cuius* (laddove, invece, la clausola penale contrattuale, derivando da un consenso bilaterale, non poteva dirsi strumento di sopraffazione nei confronti del debitore che vi avesse liberamente aderito).

Peraltro, sia la traiettoria concettuale sia il metodo di indagine ai quali sono debitrici le opzioni teoriche ora accennate meritano a mio avviso una rimeditazione, alla luce dei rapporti, altrettanto controversi, tra accordo contrattuale e autonomia testamentaria; le relative interferenze, difatti, lungi dal costituire un dato da cui prendere le mosse, necessitano ancora oggi di essere puntualmente delimitate, così da saggiarne la tenuta disciplinare nei casi, come quello esaminato, in cui si evidenziano (apparenti) lacune normative.

Anzitutto, merita sottolineare che, sotto il profilo qualificatorio, le misure disposte dal testatore a presidio delle sue disposizioni di ultima volontà[12] sono state collegate alla struttura giuridica del legato fin dalla tradizione romanistica[13]. Questo approccio, attualmente rinvenibile in

[12] Si è fatto notare che le disposizioni testamentarie a titolo di pena riguardano un novero di fattispecie più ristretto rispetto alle c.d. penali testamentarie, le quali ricomprendono anche le disposizioni testamentarie negative, e più ampio delle clausole penali, che sono configurabili come disposizioni testamentarie aventi una struttura obbligatoria e una funzione penale; cfr. in questi termini S. Mazzarese, *Autonomia testamentaria e disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 1824, testo e nt. 71.

[13] Cfr. F. Longo, *Delle disposizioni testamentarie sotto forma di pena*¸ in Aa. Vv., *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, VI, Napoli, 1906, pp. 157-203; A. Marchi, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Bull. ist. dir. rom.*, 1909, pp. 5-109; B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, 2ª ed., Milano, 1955, pp. 207-213; A. Ormanni, Penus legata*, contributo alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Emilio Betti*, IV, Milano, 1962, pp. 579-736. Si veda, inoltre, la recente indagine di M. Scognamiglio, *Profili ricostruttivi della* stipulatio poenae *nell'esperienza giuridica romana*, in *Teor. stor. dir. priv.*, 2012, pp. 1-32, spec. pp. 30-31, in cui si precisa che, pur se il legato penale non costituiva un'applicazione pratica della *stipulatio poenae*, tuttavia la sua struttura ricalcava in buona parte quella della stipulazione penale e le soluzioni giurisprudenziali delle problematiche teoriche che si presentavano erano per lo più coincidenti per i due istituti. Cfr., inoltre, K. Visky, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, Milano, 1971, pp. 597-635, spec. pp. 622-624, ove, nel commento al frammento di Alfeno in D.35.1.27, in cui viene menzionato un testamento contenente l'imposizione agli eredi sotto minaccia di pena affinché erigano un monumento funebre per il testatore, si pongono in rilievo le conseguenze che sulla pena testamentaria produce l'impossibilità della prestazione principale, nel caso di specie dovuta alla perdita del modello considerato dal *de cuius* per il suddetto monumento (in questa ipotesi la pena non sarebbe stata esigibile, mentre gli eredi sarebbero rimasti comunque obbligati a far erigere un monumento conveniente alle sostanze e alla dignità del defunto). Dall'esempio riportato, oltre alla possibilità fin dall'epoca della repubblica di inserire una clausola penale nelle disposizioni di ultima volontà per garantire l'efficacia di taluna tra esse, si ricava che la pena imposta

merito ai problemi concernenti le condizioni risolutive cui si affida efficacia compulsoria nella forma delle clausole di decadenza o di riduzione del lascito, con riguardo alla clausola penale testamentaria è stato superato a favore di una rilettura della fattispecie nell'ottica della corrispondente pattuizione contrattuale (come palesa l'etichetta definitoria con la quale la si distingue). La pena nel contratto, infatti, viene eletta a parametro di analisi della struttura e della funzione che presenta la prestazione testamentaria minacciata dal *de cuius* all'onerato[14]. Una simile prospettiva, però, ingenera il sospetto che la selezione di tale parametro sia stata effettuata con un pre-giudizio negativo nei confronti della volontà del testatore mirante a rafforzare le sue disposizioni principali[15]. Difatti, gli argomenti (più recenti) che prendono le mosse dalla supposta identità funzionale tra le due clausole si concentrano poi sulla diversità strutturale per considerare inammissibile la pena testamentaria[16]; per contro, chi predilige la prospettiva successoria come sfondo della qualificazione è propenso a coonestare la fondatezza sistematica e, pertanto, la fruibilità pratica nel testamento della c.d. clausola

a garanzia di un obbligo, il cui adempimento è risultato impossibile, era considerata inefficace nel periodo a cui risale il frammento; inoltre, lo scopo della pena in esso illustrata era esclusivamente afflittivo, non sussistendo in quella ipotesi un danno risarcibile, per cui la funzione svolta dalla relativa clausola era compulsoria, come mezzo per sollecitare gli eredi all'adempimento del desiderio del defunto a che gli fosse eretto un monumento sepolcrale.

[14] La collocazione sul medesimo piano della penale contrattuale e della corrispondente clausola testamentaria si rinviene fin nelle trattazioni generali: cfr. in tal senso A. Magazzù, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, s.d. ma 1960, pp. 186-196, alla p. 191, che pure evidenzia la diversa struttura dell'elemento negoziale della fattispecie. Nel senso di un accostamento tra le due disposizioni si pronunciano L. Enneccerus, H. Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15ª ed., Tübingen, 1958, p. 159, nonché J. Gernhuber, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989, p. 762, per il quale il testatore può rafforzare l'adempimento di un legato per il tramite di una clausola penale.

[15] In termini generali, si è rilevato che la tendenza a trasporre sul piano dei negozî *mortis causa* la diversa tematica dei limiti all'autonomia contrattuale si risolve in valutazioni all'apparenza contraddittorie, poiché, da un lato, vi è il ricorrente richiamo al graduale declino degli atti di ultima volontà, mentre, per altro verso, emergono ragioni di contenimento dell'autonomia dispositiva; così S. Mazzarese, *Le obbligazioni penali*, cit., p. 21, nt. 25.

[16] Esemplare in tal senso il rilievo, invero più intuito che dimostrato, di A. Marini, *La clausola penale*, Napoli, 1984, pp. 92-95, alla p. 94. Si veda anche N. Visalli, *Clausola penale testamentaria*, in *Giust. civ.*, 2002, II, pp. 537-553, alla p. 538, secondo il quale la clausola penale contrattuale e quella testamentaria, pur avendo una diversa struttura, sono accomunate dalla stessa funzione, poiché tenderebbero entrambe sul piano teleologico ad ovviare alle conseguenze dell'inadempimento. Nel medesimo ordine di idee, seppure con esiti differenti, si colloca A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, p. 199.

penale che assume la forma del legato condizionato[17].

Dal punto di vista più propriamente metodologico, a questo proposito, è stato persuasivamente rilevato che il dato funzionale in materia di clausola penale può ricostruirsi con precisione solo una volta operata puntualmente la ricognizione strutturale delle fattispecie[18]; nel caso in esame, per contro, con riferimento alla lettura *contrattuale* della pena testamentaria, dapprima si individua la funzione della medesima per poi trascorrere alla identificazione della struttura, che comporta inevitabilmente i richiami alla eccezionalità e non estensibilità del dato normativo, espresso negli artt. 1382-1384 c.c. [19].

Posta questa premessa di sintesi, è opportuno dare conto, riprendendo nel dettaglio quanto appena sommariamente illustrato, dei varî indirizzi in materia di ammissibilità della clausola penale testamentaria.

[17] Cfr. per questa posizione R. Lenzi, *Le disposizioni afflittive*, cit., p. 298, secondo il quale l'eventuale ammissibilità di una penale testamentaria, come disposizione testamentaria atipica, lungi da qualsiasi parallelismo con la penale contrattuale, deve essere vagliata alla luce dei non principî che reggono le successioni per causa di morte, valutandone in primo luogo la misura di interferenza con il disposto dell'art. 671 c.c., concludendosi poi per la relativa qualificazione nei termini di un legato sospensivamente condizionato all'inadempimento.

[18] Cfr. A. Zoppini, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, pp. 4-6, testo e nt. 13, ove si sottolinea il rischio non solo dell'inversione metodologica ma anche della definizione di un tipo normativo logico differente dal tipo positivo codificato dal legislatore.

[19] Secondo A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., pp. 199-219, spec. p. 209, alla luce della possibile qualificazione in termini di legato condizionale della clausola penale testamentaria, la trasposizione dell'istituto contrattuale della clausola penale nel testamento costituisce un falso problema (conclusione giudicata affrettata da M. Lupo, *Le disposizioni sanzionatorie*, in *La successione testamentaria*, II, in *Tratt. Bonilini*, Milano, 2009, pp. 925-956, spec. pp. 935-946, alla p. 937, ma sulla base di argomentazioni che, seppure parzialmente, riconducono la clausola penale testamentaria al *genus* funzionale risarcitorio di cui all'art. 1382 c.c., almeno per quanto concerne l'ipotesi in cui l'istituito inadempiente sia obbligato, in caso di inadempimento, ad una prestazione succedanea al risarcimento del danno derivante da quest'ultimo). Opportune precisazioni sul punto si rinvengono in S. Mazzarese, *Autonomia testamentaria e disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 1837, che registra come la trasposizione testamentaria della clausola penale contrattuale di cui agli artt. 1382-1384 c.c. sia un falso problema se lo si intende nel senso della trasmigrazione di una struttura pattizia e bilaterale, non invece se si prende in esame la funzione "penale" e "unilaterale", nel senso dell'effetto obbligatorio di qualificate disposizioni *mortis causa*.

2. *Le ricostruzioni dottrinali in tema di natura e ammissibilità della pena nel testamento*

Una prima teoria ravvisa nella clausola penale apposta ad un testamento un legato sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'onerato[20], il quale rafforza la volontà del testatore fungendo da strumento di coercizione indiretta nei confronti dell'erede e/o del legatario destinati ad assecondarne la volontà[21]. In questa ipotesi il testatore aggiungerebbe la sanzione privata, derivante dalla disposizione penale, all'altra sanzione rinvenibile nel complesso degli strumenti di cui dispone il creditore in caso di inadempimento[22]. L'intento punitivo, pertanto, si armonizza con quello liberale, sì che la disposizione *poenae nomine* viene rivolta a favore di un soggetto diverso da chi si avvantaggia del lascito, mentre quest'ultimo è al contempo onerato dall'obbligazione principale e da quella penale, legata alla precedente da un nesso di necessità[23].

La tesi in discorso costituisce un punto di partenza imprescindibile per le riflessioni in materia di pena testamentaria e perviene a risultati di indubbia fondatezza sistematica, come, anzitutto, la riconduzione dello

[20] Ciò comporta che l'acquisto del suddetto legato non può dirsi con pienezza coevo all'apertura della successione, in quanto a quel momento può farsi risalire solo un acquisto potenziale del diritto di credito, che diverrà attuale in caso di inadempimento da parte dell'onerato (il beneficiario condizionale, pertanto, è titolare di un'aspettativa qualificata, secondo lo schema generale dei diritti attribuiti sotto condizione sospensiva). Cfr. in tal senso G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., p. 169.

[21] Nel solco dell'intuizione formulata da M. Andreoli, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pp. 331-343, alla p. 335, si muovono sostanzialmente V. M. Trimarchi, *La clausola penale*, cit., pp. 160-161 e, soprattutto, A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., pp. 205-209.

[22] Così, se ho bene inteso, V. M. Trimarchi, *La clausola penale*, cit., p. 156, il quale, alla nt. 30 (pp. 158-159), precisa poi che il testatore, non soffrendo delle limitazioni cui va incontro la parte contrattuale, può porre in essere con maggiore libertà gli elementi della fattispecie causale e di quella effettuale. La propria volontà di beneficare, allora, può senz'altro accompagnarsi ad una riduzione, compressione o, addirittura, all'annullamento del vantaggio attribuito all'erede o al legatario, il quale, pertanto, potrebbe anche svanire del tutto. Cfr., inoltre, G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., p. 165, che precisa anch'egli come la penale anticipi una sanzione, ossia l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione inadempiuta, che potrebbe comunque discendere dall'ordinamento, come anche il risarcimento del danno, al quale l'onerato sarebbe comunque soggetto qualora il creditore frustrato si attivasse giudizialmente.

[23] V. M. Trimarchi, *La clausola penale*, cit., pp. 159-160, là dove si discorre di un nesso di regolare necessità tra il comportamento dell'onerato, che disattende la volontà del testatore, e la funzione giuridica strettamente punitiva connessa alle disposizioni testamentarie a titolo di pena.

strumento utilizzato dal testatore per fini afflittivi allo schema del legato, e, inoltre, l'accento posto sulla compatibilità tra il suddetto scopo e la volontà di beneficare, compatibilità recentemente contestata[24], seppure con argomentazioni alquanto dubbie[25]. Essa, invece, non può accogliersi là dove presuppone il dato indimostrato della funzione punitiva o della natura giuridica di pena privata che ascrive alla clausola penale testamentaria, alla cui stregua costruisce la struttura dell'istituto; inoltre, pur in quest'ottica, non si ravvisano conseguenze disciplinari connesse alla suddetta funzione o natura, sì che, allora, la stessa qualifica sanzionatoria rinverrebbe la propria utilità solo nell'applicazione (analogica) delle norme in materia di clausola penale contrattuale[26].

Secondo altri, la clausola in esame riproduce nel testamento la struttura della penale contrattuale, eccezion fatta per la bilateralità, in assenza della quale, però, poiché questa costituisce una condizione di ammissibilità del relativo schema[27], l'intento rafforzativo del testatore sarebbe privo di effetti in quanto è invalido il negozio che lo contempla[28]. In specie,

[24] N. Visalli, *Clausola penale testamentaria*, cit., p. 544, afferma che non è ravvisabile nello stesso atto la coesistenza dell'intento di liberalità e della funzione propria della clausola penale, per cui è da escludersi che il testatore persegua tale intento allorché impone una prestazione all'onerato inadempiente ad un'obbligazione testamentaria. Va precisato, peraltro, che secondo questo Autore la funzione della clausola penale non sarebbe quella di sanzionare l'inadempimento ma di liquidare preventivamente e forfettariamente il danno subìto dal creditore a séguito, per l'appunto, dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento. Per una più articolata esposizione dei relativi argomenti si veda *infra* in questo paragrafo.

[25] M. Lupo, *Le disposizioni sanzionatorie*, cit., pp. 940-941, in critica alla teoria anzidetta fa notare che l'argomentazione con cui si attribuisce alla clausola penale testamentaria una funzione esclusivamente risarcitoria sul presupposto della incompatibilità tra funzione penale e spirito di liberalità, così negando ad essa la natura di legato, si scontra con la considerazione del fatto che la funzione di rafforzamento dell'adempimento non fa perdere all'attribuzione, sospensivamente condizionata a favore del terzo, il carattere di liberalità proprio dell'attribuzione di un diritto di credito che, nel testamento, può avvenire solo tramite legato.

[26] G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., p. 169, difatti, dopo avere premesso che il legato sanzionatorio si distacca dagli altri legati in virtù della differenza di sfondo che sicuramente lo caratterizza, sottolinea che esso permane comunque un legato, applicandoglisi la disciplina che l'ordinamento prevede in tema, pur con il necessario raccordo della medesima a quanto è disposto per il suo peculiare oggetto.

[27] A. Marini, *La clausola penale*, cit., p. 92, discorre della bilateralità nei termini di «un preciso limite all'autonomia dei privati che solo attraverso l'accordo possono realizzare la funzione penale». Là dove, peraltro, alla c.d. disposizione *poenae nomine* si negasse una funzione sanzionatoria verrebbe meno l'esigenza della bilateralità, ciò che si tenterà di dimostrare appresso.

[28] A. Marini, *La clausola penale*, cit., pp. 94-95; E. Moscati, *Pena privata e autonomia*

oltre che sul principio di tipicità delle sanzioni, la valutazione negativa della penale testamentaria dovrebbe fondarsi sulla ragione sostanziale costituita dallo stesso concetto di autonomia privata, la quale postulerebbe la necessaria coincidenza tra l'autore dell'atto e il titolare dell'interesse che questo dovrebbe disciplinare. Ne consegue che, come espressione di autonomia, la determinazione della sanzione dovrebbe essere demandata alle parti del precetto cui la suddetta sanzione si riferisce, ossia il debitore e il creditore dell'obbligazione, *ex contractu* nella penale "nominata" ed *ex legato* o *ex modo* nell'ipotesi in esame. Tale esito sarebbe necessitato, poiché, qualora fosse consentito ad un soggetto estraneo al rapporto obbligatorio di predeterminare in concreto la sanzione, «la clausola penale verrebbe a rappresentare una singolare manifestazione di eteronomia, in quanto comporterebbe un'imposizione unilaterale di una sanzione da parte di un soggetto diverso dal titolare dell'interesse disciplinato». Sotto il profilo operativo, perciò, «…qualora il testatore imponga una penale per l'inadempimento (o il ritardo) nell'adempimento di una obbligazione ex legato o ex modo, la disposizione dovrà considerarsi nulla per difetto di legittimazione al negozio da parte del testatore»[29].

Una simile prospettiva offre lo spunto per alcuni rilievi critici, concernenti sia il quadro sistematico in cui si articola sia le soluzioni che individua. Anzitutto, pur se è incontestabile la struttura bilaterale dello schema tipizzato dal legislatore nel dettare una disciplina organica della clausola penale[30], non può dirsi affatto sicura l'argomentazione in base alla quale ciò necessariamente implicherebbe il divieto per il testatore di predisporre un meccanismo punitivo volto a prevenire e/o sanzionare l'inadempimento di un'obbligazione *ex legato* o *ex modo* da questi divisata[31]. Lo stesso rinvio al principio di tipicità delle sanzioni, la cui vigenza nell'ordinamento è discussa[32], non pare appropriato se si accede ad una

privata, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, pp. 532-533.

[29] A. Marini, *La clausola penale*, cit., p. 95, ove si rinvengono entrambi i passi citati nel testo.

[30] La conoscibilità della sanzione testamentaria, allora, non può ritenersi equivalente al concorso nella sua determinazione, come invece si verifica per la penale contrattuale, sì che il relativo destinatario non vi concorre né espressamente né tacitamente, essendo la medesima disposta in via unilaterale dal testatore; così R. Lenzi, *Le disposizioni afflittive*, cit., p. 297.

[31] In effetti, come registra S. Mazzarese, *Le obbligazioni penali*, cit., pp. 21-22, nt. 25, l'idea che il privato possa "creare" la sanzione ossessiona l'interprete al punto da richiedere, per evitare lo scantonamento dal sistema normativo, la necessità di un assenso, comunque ricorrente, dell'erede o del legatario affinché questi possano essere soggetti ad una sanzione testamentaria validamente imposta.

[32] Cfr. per una serrata critica a tale vigenza, nel settore delle clausole (atipiche) sulle conseguenze dell'inadempimento, F.P. Patti, *La determinazione convenzionale del danno*,

corretta ricostruzione del suddetto principio, in base alla quale il legislatore riserva a sé l'individuazione delle sanzioni privatistiche, ma non comprime con ciò l'autonomia dei privati con riguardo alla loro attuazione concreta, in assenza di un espresso divieto in tal senso[33].

In effetti, tale lettura ha omesso di identificare, nell'àmbito del diritto successorio, una struttura (tipica) che possa dare conto dei problemi posti dalla penale testamentaria, pur se essa menziona esplicitamente taluni istituti, come la condizione risolutiva e la clausola risolutiva del *modus*, che, nel contesto testamentario, sono piegati a scopi afflittivi in via indiretta[34]. Inoltre, qualificare il testatore come soggetto estraneo al rapporto obbligatorio tra onerato e beneficiario della penale - e, più ancora, sottolineare la necessaria coincidenza tra l'autore dell'atto e il titolare dell'interesse su cui questo va ad incidere - è inesatto, sia sotto il profilo strutturale, in quanto tale rapporto deriva dall'atto composto pluripersonale in cui confluiscono la volontà del *de cuius*, l'accettazione dell'eredità (o il non rifiuto del legato) da parte dell'onerato e l'adesione del creditore della penale, sia in ordine all'interesse creditorio dell'obbligazione *ex* art. 1174 c.c., che deve valutarsi non solo alla stregua del beneficiario, ma anche del disponente che ha programmato la suddetta obbligazione conformando tale interesse[35]. Ancora, il difetto di legittimazione al negozio non può essere inteso come causa di nullità della penale nel testamento, poiché, come si è fatto giustamente notare, un simile difetto dovrebbe comportare l'inefficacia, e non la nullità, della disposizione, in quanto la legittimazione è un requisito soggettivo di efficacia dell'atto[36]. Infine, anche dedurre l'inammissibilità delle disposizioni penali testamentarie in senso stretto sulla base delle conseguenze particolarmente gravi che si

Napoli, 2015, pp. 64-71.

[33] Cfr. in tal senso G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., pp. 163-164, secondo il quale «l'ampiezza dei poteri di autonomia testamentaria abbraccia altresì quello di salvaguardare le manifestazioni di volontà *mortis causa* pel tramite di una clausola penale, salvo riscontrare che ciò è espressamente vietato dal nostro ordinamento; il che non può sostenersi» (p. 164 per questa citazione).

[34] A. Marini, *La clausola penale*, cit., p. 95, con riguardo alla condizione e alla clausola risolutiva, discorre - condivisibilmente - di semplici elementi accidentali dell'atto, nei confronti dei quali risulta problematico il richiamo al concetto di sanzione, poiché si tratterebbe di una finalità indiretta inidonea ad informare di sé l'atto stesso. Tale conclusione, peraltro, potrebbe essere estesa anche al legato atipico e al *modus*, poiché nei relativi termini, come si sostiene in questa sede, si risolve sostanzialmente la penale testamentaria.

[35] Cfr. *infra* il par. 7 per approfondimenti sul punto.

[36] Così N. Visalli, *Clausola penale testamentaria*, pp. 547-548, il quale, poi, estende la critica alla tesi in discorso anche per la funzione sanzionatoria, e non risarcitoria, che essa ascrive alla penale testamentaria, il che, come si vedrà appresso, non è condiviso in questa sede.

ricollegano all'imposizione di una sanzione *penale* a carico dell'erede o del legatario - i quali, in caso di trasgressione del dovere imposto, potrebbero essere responsabili *ultra vires*, quindi oltre il valore dei beni ad essi pervenuti - appare inconferente[37]. Difatti, se è corretta, come si tenterà di dimostrare, la qualificazione in termini di legato od onere della penale testamentaria, all'onerato legatario tenuto ad un sublegato o ad un *modus* si applicherebbe l'art. 671 c.c., valevole non solo per il sublegato principale ma anche per il sublegato penale; quanto all'erede, la responsabilità *ultra vires* è connaturale all'accettazione non beneficiata dell'eredità, sì che tale conseguenza non gli deriva certamente dall'inadempimento della volontà del *de cuius*[38].

L'opinione maggiormente condivisibile, invero, annovera la pena testamentaria tra le disposizioni inseribili nell'atto di ultima volontà come *legato a contenuto atipico*; difatti, non sarebbe corretto discorrere in questo caso di imposizioni sanzionatorie unilaterali, a dispetto del principio di eguaglianza e di tipicità delle sanzioni, poiché il principio di autonomia privata, nell'àmbito dei diritti disponibili, consente all'autore di conformare liberamente l'efficacia dei proprî negozî[39]. In particolare, seppure si faccia derivare l'inammissibilità di una clausola penale testamentaria, posta dal testatore a carico dell'erede o del legatario che non adempiano alle obbligazioni, dall'assenza di una tipizzazione legislativa[40], tuttavia sarebbe comunque possibile configurare, in modo indiretto e mediato, una obbligazione testamentaria avente funzione penale (coercitiva e afflittiva), la quale si rinverrebbe in «uno specifico legato a compiere una prestazione determinata, posto a carico dell'erede o del legatario, ma a favore del terzo, e subordinato all'[in]adempimento del *modus* di cui sia gravata la stessa istituzione di erede o lo stesso legato principale»[41]. Tale rilievo, formulato in relazione al *modus* ma estensibile anche all'inadempimento del legato obbligatorio, dà conto della conclusione in base alla quale, nell'attuale assetto codicistico, l'imposizione di misure sanzionatorie a carico dell'erede o del legatario sarebbe insuscettibile di realizzarsi mediante la previsione diretta, a carico degli stessi, di vere e proprie clausole penali; essa, allora, può rinvenire solo un'applicazione indiretta per il tramite di disposizioni che stabiliscano, in caso di inadempimento di un'obbligazione derivante da legato o da *modus*, l'obbligo per l'onerato di compiere un'altra, e determinata, prestazione[42].

[37] A. Marini, *La clausola penale*, cit., p. 95, nt. 79.
[38] Per una più articolata illustrazione di questi aspetti rinvio al successivo par. 5.1.
[39] G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., pp. 162-167.
[40] Così S. Mazzarese, *Autonomia testamentaria e disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 1827.
[41] S. Mazzarese, *Autonomia testamentaria e disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 1827.
[42] S. Mazzarese, *Autonomia testamentaria e disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 1831.

Una prima variante di questa tesi consiste nel ravvisare, premessa la configurazione della pena nel testamento come legato, la sussistenza di una obbligazione penale, la quale, dotata di caratteri suoi proprî, sarebbe una sanzione civile tipica ed alternativa a quella risarcitoria, in quanto svincolata dal danno arrecato al creditore. Pertanto, mentre la pena mira a sanzionare il debitore, l'obbligazione penale è strutturata per rafforzare la posizione del creditore, collocandosi in un ruolo accessorio rispetto alla obbligazione posta a favore di quest'ultimo[43]. Ciò che non convince dell'argomentazione in discorso, peraltro, è l'esclusivo riguardo all'inadempimento del *modus* (trascurando, così, il legato obbligatorio), come fatto condizionante l'operatività dell'obbligazione testamentaria penale[44]. Inoltre, mentre il rafforzamento della posizione del creditore consegue senz'altro all'individuazione del medesimo come destinatario della prestazione penale, più difficilmente tale esito sarebbe sostenibile nell'ipotesi in cui il *de cuius* preveda che l'onerato avvantaggi un soggetto diverso dal beneficiario dell'obbligazione principale.

Una seconda variante – la quale pone in evidenza il fatto che il beneficiario della prestazione penale debba essere sempre qualificato come legatario, a nulla rilevando che chi si avvantaggia sia lo stesso creditore della prestazione rimasta inadempiuta ovvero un soggetto diverso – sottolinea la genuina e apprezzabile funzione stimolatrice svolta dalla pena (contrattuale e) testamentaria; in relazione ad essa, seppure non si possa escludere sia il profilo afflittivo sia quello più propriamente risarcitorio, deve al contempo evidenziarsi il predominante valore di strumento idoneo ad indurre l'obbligato all'esatto adempimento della prestazione dovuta. Sotto il profilo metodologico, questa tesi sottolinea la necessità di verificare previamente se la penale testamentaria sia o meno valida, per poi procedere, avendo conseguito un esito positivo di tale indagine preliminare, alla relativa qualificazione. Un argomento a favore della validità consiste, anzitutto, nell'assenza di un espresso divieto da parte del legislatore di apporre nel testamento clausole penali, sì che, allora, queste saranno prive di effetti solo qualora fossero volte a rafforzare una disposizione illecita o impossibile[45].

[43] Cfr., per il concetto di disposizione penale, A. Marini, *La clausola penale*, cit., pp. 34-38, il quale pone chiaramente in luce la differenza tra la funzione penale, da un lato, e le funzioni risarcitoria e punitiva dall'altro (differenza che consiste, quanto al primo caso, nell'irrilevanza rispetto al danno e, con riguardo al secondo, nell'essere altrettanto irrilevante per la funzione penale l'intento di punire il debitore inadempiente). Si veda, inoltre, S. Mazzarese, *Le obbligazioni penali*, cit., pp. 1-9.

[44] S. Mazzarese, *Le obbligazioni penali*, cit., pp. 193-195, difatti, fa esclusivo riferimento all'inadempimento dell'onere per indicare l'obbligazione penale come relativa sanzione.

[45] In tal senso si esprime M. Andreoli, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, cit., p. 335.

Inoltre, è stata posta in rilievo «l'ineliminabile essenza formale dell'atto *mortis causa*, quindi la sua consegna, attraverso la scrittura, al documento testamentario, derivandone la preventiva, piena conoscenza per l'onerato»[46].

Ciò che è sufficiente per ritenere ammissibile una sanzione predisposta dal testatore, allora, sarebbe in via esclusiva, oltre alla possibilità per l'obbligato di conoscere preventivamente l'entità del rischio connesso alla sua eventuale inadempienza, l'intrinseca proporzionalità fra quest'ultima e la sanzione[47]. Corrobora ulteriormente tale conclusione il fatto che il legislatore, là dove non ammette il ricorso alla penale, sancisce un espresso divieto, come si verifica, ad esempio, per la penale che acceda ad una promessa di matrimonio, da escludersi in base all'ultima parte dell'art. 79 c.c. (il quale menziona, per sancirne la non vincolatività, quanto si fosse convenuto per il caso di non adempimento della promessa). Pertanto, poiché la normativa testamentaria non conosce un esplicito divieto con riguardo alla penale, il testatore può farvi ricorso nell'ottica dell'utilizzo di meccanismi preventivi, cui si connette un'efficacia rafforzativa di non poco momento, specie, come si è notato, per le c.d. disposizioni deboli[48].

[46] G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., pp. 164-165, ove si sottolinea come la preventiva conoscenza, o facile conoscibilità, della sanzione prevista a carico dell'obbligato inadempiente faccia piena salvaguardia della sua libertà e personalità.

[47] Così G. Bonilini, Sub *Art. 649*, cit., p. 97 (sulla scorta di V. M. Trimarchi, *La clausola penale*, cit., p. 133, il quale, nell'àmbito della penale contrattuale, evidenzia la necessità di contemperare i contrapposti interessi delle parti, in modo tale che la clausola non si risolva in uno strumento di sopraffazione a danno del contraente meno forte). Cfr., altresì, C. Romano, *I legati*, cit., p. 1251, che da questo rilievo trae spunto per considerare applicabile alla penale testamentaria il principio di riduzione ad equità sancito dall'art. 1384 c.c. (sul quale si v. *infra*, il par. 5.1). A questo proposito, peraltro, merita a mio avviso soffermare l'attenzione sul rapporto proporzionale tra l'inadempimento dell'obbligato e la pena che in relazione a ciò commina il testatore, il quale, tenuto conto della natura liberale ascrivibile all'attribuzione testamentaria, può essere declinato secondo due differenti prospettive: *i*) anzitutto, è necessario chiarire se la suddetta proporzione sussista per l'*attivazione* della clausola penale testamentaria, nel senso che quest'ultima non possa dirsi operativa là dove ci si trovi di fronte ad un inadempimento di scarsa importanza dell'obbligazione cui essa accede; *ii*) inoltre, debbono determinarsi le conseguenze che accedono ad una penale non solo intrinsecamente sproporzionata rispetto all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, ma anche in confronto all'entità della violazione posta in essere dall'obbligato. Tali aspetti, apparentemente coestensivi, in realtà differiscono poiché nel primo caso si ha riguardo all'accertamento della condizione sospensiva al cui verificarsi opera la pena testamentaria, mentre nella seconda ipotesi, datasi per verificata questa condizione, se ne determinano gli effetti sanzionatorî in una misura diversa da quanto programmato nella disposizione che li contempla.

[48] Cfr. G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., p.

Fin d'ora, può sottolinearsi che la qualifica in termini di legato, sulla quale si fonda la lettura da ultimo illustrata, seppure tecnicamente ineccepibile, non esaurisce le modalità di concreta configurazione della pena testamentaria; si pensi all'ipotesi in cui chi non dovesse adempiere all'obbligazione principale fosse costretto dalla volontà del testatore a mettere a disposizione un immobile ereditario per fini di pubblica utilità, a vantaggio di soggetti determinati solo per classi e non individualmente. In tale ipotesi, per vero, non si ravvisa un legato in senso tecnico, ma un *modus* testamentario[49], il quale, allora, non solo è rafforzabile nel suo adempimento mediante la pena prevista dal testatore in caso di inosservanza del relativo contenuto, ma può essere di per sé strumento rafforzativo della volontà del *de cuius* consegnata ad una diversa, e collegata, disposizione[50].

167, testo e nt. 265, che propone, come esempio di disposizioni deboli, le quali perciò rendono difficile la ricerca di un interessato ad agire nel caso di inadempimento dell'onerato, alcune disposizioni non patrimoniali, come quella che richiede la cremazione delle spoglie mortali del *de cuius*.

[49] I criterî distintivi tra legato e *modus* elaborati dalla dottrina si risolvono prendendo in esame il soggetto il cui interesse è stato ponderato dal testatore: se tale soggetto è una persona determinata (o determinabile ai sensi dell'art. 631 c.c.), si tratterà di legato, mentre, qualora gli interessi che il testatore ha inteso soddisfare appartengano a una categoria di persone solo genericamente individuate, saremmo di fronte ad un *modus*; cfr. in questi termini la proposta ricostruttiva di M. Giorgianni, *Il "modus" testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, pp. 889-927, alle pp. 895-899. Peraltro, è stato sottolineato come il parametro soggettivo debba essere affiancato da altro e complementare criterio, il quale sia idoneo a distinguere il *modus* dal legato nelle situazioni più complesse, ossia là dove l'onorato sia determinato e il contenuto della prestazione consista in un fare. Tale criterio viene rinvenuto nella valutazione dell'interesse del *de cuius*, per cui, qualora l'obbligo imposto all'istituito testamentario, pur essendo diretto ad avvantaggiare un terzo, soddisfi contestualmente gli interessi (anche non patrimoniali) del testatore, la relativa disposizione dovrà qualificarsi nei termini di un onere. In sintesi, qualora la prestazione dedotta debba essere rivolta a vantaggio di soggetti indeterminati, si sarà certamente di fronte ad un *modus*, mentre, se la medesima favorisca un beneficiario determinato o comunque individualmente determinabile, al fine di distinguere l'onere dal legato dovrà accertarsi se la relativa disposizione sia finalizzata a soddisfare *anche* un interesse del testatore. Cfr. M. Costanza, *L'onere nelle disposizioni testamentarie*, in M. Bianca (coord.), *Le successioni testamentarie (Cod. Civ. 624-712)*, Torino, 1983, pp. 156-157. Il *modus* a favore di persona indeterminata, però, non presenta una fisionomia unitaria nel sistema dei negozî gratuiti; infatti, mentre la disposizione testamentaria a titolo particolare, rivolta a vantaggio (o, meglio, nell'interesse) di una persona determinata, è senz'altro un legato, nel *modus* donativo la prestazione può essere rivolta a favore di un soggetto determinato (come lo stesso donante), senza che ciò comporti una differente qualificazione della relativa clausola (così M. Giorgianni, *Il "modus" testamentario*, cit., p. 909).

[50] Uno spunto in tal senso si rinviene in G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 219, testo e nt. 72, il quale, dopo avere sottolineato (nel testo) «l'inesistenza…del

La pena nel testamento, poi, a parere di taluno, determinerebbe un'inammissibile inversione dell'onere della prova regolato dall'art. 2697 c.c. Difatti, nonostante l'identità di *ratio* che unirebbe la penale testamentaria a quella contrattuale (ravvisata in una funzione risarcitoria, e non compulsivo-afflittiva), non si potrebbe ricorrere, per la relativa disciplina, al secondo comma dell'art. 1382 c.c., là dove, autorizzando la suddetta inversione, tale norma prevede che la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno; pertanto, la clausola sanzionatoria sarebbe nulla per contrarietà alla previsione imperativa del citato art. 2697 c.c.[51]. Più precisamente, la disciplina contrattuale della penale attribuirebbe ai contraenti il potere di modificare il regime legale dell'onere probatorio, per cui il creditore non è tenuto a provare né l'esistenza né l'ammontare del danno subìto a causa dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento; allo stesso modo, il debitore non è ammesso alla prova contraria su tali circostanze[52]. Il testatore, per contro, qualora imponesse unilateralmente, nell'ipotesi di inadempimento di un'obbligazione *ex legato* o *ex modo*, l'obbligo a carico del trasgressore di effettuare una certa prestazione, disporrebbe di un diritto che non gli compete, in quanto solo la struttura bilaterale del negozio consente (ai contraenti) di operare su diritti disponibili e, pertanto, di incidere sul regime legale dell'onere probatorio. Ciò si giustifica in base alla funzione della clausola penale, ravvisata da questa tesi, si è detto, nella determinazione preventiva e forfettaria del risarcimento dovuto in caso di inadempimento, la quale consente alle parti di determinarne liberamente l'ammontare mediante una trattativa e senza doverne subire la quantificazione ad opera di un terzo in assenza di un loro consenso. La previsione che facoltizza la penale, allora, se derogabile mediante accordo, sarebbe invece imperativa in

principio che possa essere considerato come onerato qualsiasi soggetto che, pur conservando o conseguendo un vantaggio patrimoniale in seguito all'apertura della successione, non ottenga tale vantaggio a titolo di eredità, legato o *modus*», osserva (nella nota) che «può essere naturalmente onerato tanto di un legato, quanto di un *modus* chi riceva *ex testamento* per il tramite dell'attuazione di una valida disposizione *poenae nomine*: difatti, le disposizioni di questo genere, quando sono valide, integrano sempre le fattispecie di un legato o di un *modus* testamentario». In altre parole, anche le disposizioni *poenae nomine*, che svolgono una funzione attributiva, consentono di gravare il soggetto, che per loro tramite consegue un vantaggio, di un legato (*rectius*, sublegato, pur se in ipotesi gli stessi beneficiarî dell'onere potrebbero, per volontà del *de cuius*, essere tenuti ad effettuare una prestazione a terzi a titolo di legato) o di un *modus*, partecipando anch'esse della medesima natura (che non può, pertanto, riferirsi esclusivamente al legato).

[51] N. Visalli, *Clausola penale testamentaria*, cit., pp. 548-550.

[52] In tal modo la clausola penale, al verificarsi dell'inadempimento, sarebbe presupposto di una fattispecie complessa dalla quale sorge la presunzione legale assoluta di danno.

sua assenza, per cui l'imposizione della penale nel testamento, comportando la violazione della norma, conduce alla nullità della clausola[53].

La prospettiva in esame, tuttavia, si rivela di dubbia fondatezza, anzitutto poiché costituisce in sostanza una riedizione della tesi che deriva l'inammissibilità della penale nel testamento dalla struttura unilaterale dell'atto, per cui i rilievi critici che sono stati prospettati per quest'ultima possono ad essa convenientemente estendersi[54]. Inoltre, non tenendo conto dei possibili destinatarî della prestazione *poenae nomine*, la quale può essere posta a vantaggio sia del creditore dell'obbligazione principale sia di un diverso soggetto, tale lettura forza il dato logico attribuendo alla penale testamentaria la stessa funzione risarcitoria che ritiene di ravvisare nella penale contrattuale[55], mentre è di intuitiva evidenza che il beneficiario della penale, se diverso dal creditore dell'obbligazione connessa, lungi dal ricevere un risarcimento per un danno mai subìto, è destinatario di una liberalità[56].

Una tesi intermedia, infine, propone di ritenere ammissibile la penale nel testamento solo là dove sia prevista a favore di un soggetto diverso dal beneficiario del legato o del *modus* al cui presidio è stata destinata,

[53] N. Visalli, *Clausola penale testamentaria*, cit., p. 549, precisa che la natura imperativa della norma in discorso è riconducibile all'ordine pubblico interno, «ossia ai principi fondamentali che informano l'ordinamento, il quale ha interesse che essi trovino incondizionata applicazione». Per vero, oltre ai dubbi che suscita il riferimento all'ordine pubblico quando invece si invoca una norma imperativa, il che denota una certa circolarità del ragionamento, non è dato individuare, nell'argomentazione dell'Autore, quali tra questi principî fondamentali vengano concretamente in rilievo.

[54] Così, difatti, G. Basini, *L'oggetto del legato, e alcune sue specie*, in G. Bonilini, G. Basini, *I legati*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.*, VIII, 6, s.l. e s.d. (ma Napoli, 2003), pp. 77-201, alla p. 142, nt. 730, il quale, oltre per l'appunto a rimarcare l'assenza di confronto dell'opinione criticata con la diversa proposta interpretativa che argomenta la compatibilità tra la struttura unilaterale del testamento e la relativa clausola penale, fa efficacemente notare come l'art. 2698 c.c. consenta senz'altro all'autonomia privata di modificare l'onere della prova, purché non si disputi di diritti dei quali le parti non possano disporre.

[55] Cfr. anche M. Lupo, *Le disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 941, secondo la quale lo scopo principale che muove il testatore a corredare l'obbligazione di una clausola penale, a favore dello stesso creditore o di un terzo, è in entrambi i casi quello di esercitare una pressione psicologica sull'onerato, mediante la minaccia di una sanzione, in modo che questi non trasgredisca la sua volontà. Correttamente G. Basini, *L'oggetto del legato, e alcune sue specie*, cit., sottolinea a tal proposito come non sia affatto pacifico che la funzione della pena consista unicamente in quella di predeterminazione del danno, e non anche in quella c.d. afflittiva o di coercizione indiretta.

[56] Per M. Lupo, *Le disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 941, il terzo beneficiario, lungi dal risentire un danno risarcibile derivante dal mancato guadagno che consegue all'inadempimento (come, invece, sostiene N. Visalli, *Clausola penale testamentaria*, cit., p. 544), acquista, al verificarsi di questo evento, il diritto a lui attribuito dal testatore in vista del medesimo.

poiché in questa ipotesi essa può effettivamente qualificarsi come legato sospensivamente condizionato, mentre qualora fosse destinata a ristorare il creditore legatario o *ex modo* rimasto insoddisfatto a causa dell'inadempimento subìto, vi sarebbe la determinazione del *quantum* risarcitorio ad opera di un soggetto diverso dal debitore e dal creditore e per ciò stesso privo della legittimazione a disporne[57]. Tale prospettiva muove dalla articolazione della pena testamentaria a seconda del fatto che il soggetto beneficiario delle due prestazioni sia il medesimo o che, invece, le obbligazioni, principale e rafforzativa, connesse siano programmate a favore di differenti creditori[58].

Secondo l'opinione che qui si discute, allora, qualora il creditore della penale testamentaria fosse anche creditore dell'obbligazione primaria, saremmo di fronte ad uno schema analogo alla clausola penale contrattuale, mentre nell'ipotesi di un terzo destinatario della prestazione dedotta in penale, si tratterebbe in effetti di un legato sospensivamente condizionato all'inadempimento da parte dell'erede o del legatario[59]. Nel primo caso può in effetti ravvisarsi una funzione più propriamente compulsoria, senza che ciò sconfini nella necessità di scorgere in tale meccanismo dispositivo una anticipata e forfettaria quantificazione del danno subìto[60], in analogia con l'opinione maggioritaria in tema di clausola penale contrattuale; nell'altra ipotesi, per vero, la funzione afflittiva emerge con maggiore nettezza, non essendovi un

[57] M. Lupo, *Le disposizioni sanzionatorie*, cit., pp. 939-942.

[58] M. Giorgianni, *Il "modus" testamentario*, cit., p. 915. Si veda anche M. Lupo, *Le disposizioni sanzionatorie*, cit., pp. 936-937, la quale fa notare come la scarsa attenzione della dottrina sulla diversa configurazione che la clausola assume a seconda del fatto che la prestazione dedotta in penale debba essere eseguita a favore del creditore della prestazione principale o nei confronti di un diverso soggetto è stata fonte di ambiguità nella impostazione del problema e, di riflesso, nella sua soluzione.

[59] Il terzo onorato, si afferma, dovrà in tal caso dimostrare l'inadempimento, come fatto condizionale posto a fondamento del proprio diritto (M. Lupo, *Le disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 941). Ciò significa che, a motivo del particolare ruolo assunto dalla mancata esecuzione della volontà testamentaria nel congegno attributivo programmato dal *de cuius*, non vale in materia il principio, giurisprudenzialmente riconosciuto, in base al quale il creditore deve semplicemente allegare l'inadempimento del debitore, sul quale graverà l'onere di fornire la prova contraria (Così Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.). In effetti, più che l'inadempimento inteso in senso tecnico, deve essere provato l'avveramento della condizione, ossia del fatto consistente nella mancata, inesatta o tardiva esecuzione della prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio principale.

[60] Cfr. F.P. Patti, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 126, ove si rileva opportunamente che «attribuire carattere compulsorio alla clausola penale non implica necessariamente un'afflizione a carico del soggetto obbligato, ma significa soltanto affermare che nell'ambito di un rapporto obbligatorio il patto in esame incentiva maggiormente il debitore ad adempiere rispetto al risarcimento del danno».

nesso soggettivo tra le due obbligazioni che pertengono all'onerato.

Questa tesi, peraltro, (mi) pare viziata dalla aprioristica qualificazione, nella prima ipotesi, della clausola secondo parametri derivati dalla disciplina del contratto in generale, in quanto, in realtà, si tratta di due legati *lato sensu* alternativi (atteso che si riscontrano un'obbligazione principale ed una facoltativamente satisfattiva in sostituzione di quest'ultima) nei confronti del medesimo soggetto[61]. Ravvisare nella penale a vantaggio del creditore dell'obbligazione principale una prestazione risarcitoria, accessoria e succedanea ad essa[62], inoltre, contraddice la possibilità che il testatore individui un vincolo a dare diverso dal denaro, ovvero a fare o a non fare, i quali con difficoltà potrebbero essere ricostruiti in una prospettiva satisfattoria del danno subìto dal beneficiario.

Anche il connesso rilievo circa la sussistenza di una bilateralità virtuale, tale per cui l'erede o il legatario, pur accettando l'eredità o non rinunziando al legato, non partecipano alla determinazione del regolamento sanzionatorio, sì che non si realizza in questo caso l'uguaglianza delle parti cui invece tende la disciplina della clausola penale convenzionale[63], non mi pare sicuro, sol che si pensi alla clausola penale inserita in condizioni generali di contratto; con riferimento ad essa, difatti, non si può certo parlare di assenso sostanziale dell'aderente ai relativi contenuti, anche considerato il fatto che la giurisprudenza non la annovera tra le clausole vessatorie, le quali abbisognano ai fini della relativa efficacia di un'espressa approvazione scritta ai sensi dell'art. 1341, c. 2, c.c.[64]. Infine, non è persuasivo neppure sostenere che, nell'intervallo di tempo intercorrente tra la confezione e la pubblicazione del testamento, la situazione considerata dal testatore nel momento in cui si è predisposta la clausola potrebbe mutare,

[61] Si veda più diffusamente *infra* il par. 6.

[62] Questa riflessione, autorevolmente sostenuta (da M. Giorgianni, *Il "modus" testamentario*, cit., p. 915, il quale precisa che la penale posta a favore degli "interessati" sussiste anche nell'ipotesi in cui il testatore si limiti ad imporla senza indicare il destinatario), ha costituito il fondamento del giudizio negativo sull'ammissibilità della clausola all'interno dell'atto testamentario formulato da C. M. Bianca, *Diritto civile. 2.2. Le successioni*, 5ª ed., Milano, 2015, pp. 264-265 (che discorre di «una incontrollata determinazione del danno, difficilmente compatibile col fondamentale principio che limita il risarcimento al danno effettivamente causato», in assenza del consenso del debitore), e ripreso da M. Lupo, *Le disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 942.

[63] In questi termini S. Mazzarese, Sub *Art. 1382*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 1999, (che illustra le tematiche inerenti alla clausola penale testamentaria alle pp. 83-89 e 260-287), alla p. 279.

[64] Cfr. per tutti R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, 4ª ed., Torino, 2016, pp. 1095-1096, testo e nt. 95 (per il rinvio al costante indirizzo giurisprudenziale), con riferimento alla clausola che prevede una penale a carico dell'aderente.

e di fatto muta, senza che questi ne sia venuto a conoscenza[65]; difatti, ciò è suscettibile di verificarsi per ogni aspetto del programma testamentario, sì che le sopravvenienze, là dove intervenissero, non influenzerebbero l'efficacia della disposizione sanzionatoria in modo diverso rispetto a quella di altre prescrizioni formulate dal *de cuius*[66].

Ciascuno dei suddetti indirizzi aggiunge un prezioso tassello al mosaico della fattispecie in esame; peraltro, in ognuno di essi vi sono a mio avviso elementi ricostruttivi che non superano il vaglio dell'analisi esegetico-sistematica del problema, per cui all'esito di quest'ultima, e tenendo conto dei relativi risultati, si tenterà di ricomporre la fisionomia della penale testamentaria.

3. *La clausola penale testamentaria tra sanzione e rafforzamento della volontà del de cuius*

Merita anzitutto soffermare l'attenzione sulla supposta funzione sanzionatoria che viene attribuita alla clausola in oggetto; difatti, una simile individuazione della *ratio* dell'istituto si giustificherebbe solo là dove ad essa corrispondessero effettive implicazioni disciplinari, rispetto alla qualificazione prescelta della struttura[67]. L'obbligazione, in capo all'onerato da un legato o da un modo, di eseguire un'ulteriore prestazione in caso

[65] Così M. Lupo, *Le disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 943.

[66] Sul problema delle sopravvenienze in merito al testamento si vedano per tutti S. Pagliantini, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000, spec. pp. 171-180, con riguardo al trattamento normativo da riservare alla sopravvenuta mancanza del motivo determinante (e cfr. spec. p. 172, ove il riferimento a quel gruppo di fattispecie nelle quali una circostanza, estranea al regolamento testamentario, ma che rappresenta ad un tempo la giustificazione causale dell'acquisto *mortis causa* e la ragione esclusiva che ha indotto il soggetto a testare, viene meno successivamente alla confezione della scheda); F. Giardini, *Testamento e sopravvenienza*, Padova, 2003, pp. 257-269, la quale precisa che la sopravvenienza testamentaria opera, quanto ad effetti rispetto al generale meccanismo correlato alla successione *mortis causa* di un soggetto, in modo assimilabile a qualsiasi altra ipotesi di legge dalla quale discenda come conseguenza tecnica il venire meno dell'acquisto testamentario e la devoluzione di quest'ultimo agli ulteriori chiamati, entro il termine prescrizionale di cui all'art. 480 c.c.

[67] L'assenza di qualunque riflesso in termini di disciplina della c.d. funzione sanzionatoria, peraltro, si rinviene sia in chi ne ha teorizzato la valenza categoriale (M. Andreoli, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, cit., p. 332) sia nelle prospettive che negano alla penale testamentaria diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento (A. Marini, *La clausola penale*, cit., p. 93).

di inadempimento della volontà del *de cuius*, se giustificabile in termini sanzionatorî, dovrebbe allora comportare una specifica disciplina ad essa applicabile in virtù del suddetto fondamento[68]. Se tale obbligazione fosse riconducibile al legato, in particolare, dovrebbe dimostrarsene la specialità rispetto alla relativa fisionomia codicistica, mentre, qualora la caratterizzazione a titolo di pena derivasse da una (invero, più intuita che dimostrata) assonanza con la clausola penale contrattuale, le regole inerenti a quest'ultima costituirebbero il paradigma di riferimento per l'interprete.

In realtà, il nesso tra disposizione testamentaria principale e previsione "sanzionatoria", che esalta la coerenza degli scopi perseguiti dal testatore, può più propriamente definirsi nei termini del rafforzamento della relativa volontà[69]; a ciò, peraltro, non corrispondono effettive deviazioni disciplinari, qualora il contesto di riferimento cui attingere per definire in termini compiuti la fattispecie permanesse quello successorio. Si tratterebbe, in effetti, di un mero legato obbligatorio, o di un *modus*, sospensivamente condizionato all'inadempimento (anche non colposo[70]) dell'onerato; ma vi è di più, in quanto un effetto caratterizzante in termini sanzionatorî potrebbe rinvenirsi solo nella (ipotetica) permanenza della precedente obbligazione *ex legato* o *ex modo* in capo all'onerato, cui andrebbe a sommarsi la prestazione

[68] Va peraltro precisato che non può dirsi illecito un intento del testatore, sanzionatorio o afflittivo, che sia funzionalmente collegato all'attuazione di una volontà testamentaria lecita. Così S. Mazzarese, *Autonomia testamentaria e disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 1827. Cfr. B. Toti, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., p. 95, la quale, peraltro, evidenzia che gli strumenti piegati dal testatore a scopo afflittivo, pur di per sé legittimi, sono suscettibili di connotarsi in senso soggettivamente illecito qualora fossero utilizzati con l'intento specifico di comprimere l'autonoma determinazione di agire dell'istituito.

[69] Cfr. A. Marini, *La clausola penale*, cit., p. 38, secondo il quale, convincentemente, la previsione della sanzione serve come rafforzamento della posizione del creditore - qui, in realtà, del testatore - e non agisce come punizione per il debitore; ne dovrebbe conseguire, a mio avviso, che non si tratta di sanzione ma di uno strumento di pianificazione successoria che tende a dare stabilità alle attribuzioni programmate dal *de cuius*, il quale non ha intenti punitivi ma vuole conseguire la certezza del rispetto delle proprie volontà, a prescindere dalla colpa dei soggetti chiamati ad attuarle.

[70] Si v. in questi termini R. Lenzi, *Le disposizioni afflittive*, cit., p. 301, che deriva dalla ricostruzione in termini di legato la conseguenza in base alla quale l'evento condizionante che rende efficace il sorgere della penale può consistere nel mero mancato adempimento della prestazione. Tuttavia, ciò non esclude che lo stesso *de cuius* richieda, ai fini dell'operatività della penale, un inadempimento colposo (spunti in tal senso possono rinvenirsi nella valorizzazione dell'autonomia negoziale; in questa prospettiva cfr. M. C. Tatarano, *Il testamento*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.*, VIII, 4, Napoli, 2003, pp. 311-314, alla p. 312, che sottolinea il ruolo delle disposizioni *poenae nomine relictae* nel sanzionare la condotta del beneficiario non adempiente a quanto impostogli dal *de cuius*).

a titolo di pena[71]. Inoltre, la peculiare struttura della clausola potrebbe articolarsi non solo in una prestazione a favore del medesimo beneficiario frustrato nel suo interesse all'adempimento, ma anche nella designazione, ad opera del *de cuius*, di un creditore della obbligazione *ex poena* diverso dal precedente. Nel primo caso, allora, l'effettiva sanzione consisterebbe nel duplice adempimento cui sarebbe tenuto l'onerato inadempiente, mentre a favore del creditore di entrambe le obbligazioni opererebbe il beneficio del cumulo tra la prestazione principale e quella conseguibile a titolo di pena, a differenza di quanto previsto dall'art. 1383 c.c. per la clausola penale contrattuale[72]. Diversamente, non potrebbe rinvenirsi una valenza sanzionatoria là dove, pur se la prestazione cui il beneficiario fosse tenuto in caso di inadempimento comportasse per questi uno sforzo (economico o relativo a un sacrificio di natura personale[73]) maggiore di quella principale, quest'ultima venisse meno al sorgere dell'obbligazione "penale". Qualora, invece, se ne valorizzasse la similitudine, opererebbero le previsioni di cui agli artt. 1382-1384 c.c., e si replicherebbero le incertezze circa la funzione dell'istituto paradigmatico, ad oggi non ancora sopite in dottrina[74].

Ciò significa, allora, che la volontà rafforzativa del *de cuius*, nel

[71] Per escludere tale effetto bisognerebbe ipotizzare che l'inadempimento sia al contempo condizione risolutiva dell'obbligazione principale e sospensiva della prestazione sanzionatoria, oppure qualificando la complessiva volizione del testatore nei termini di un'obbligazione facoltativa con scelta alternativa, sulla base del paradigma di cui all'art. 651 c.c.; cfr. sul punto *infra* in questo paragrafo.

[72] Con riguardo alle non conciliabili differenze tra penale contrattuale e penale testamentaria, si è fatto l'esempio dell'inadempimento di una disposizione modale alla quale venga apposta sia una clausola di risoluzione *ex* art. 648, c. 2, c.c., sia una penale testamentaria, da intendersi in senso stretto, come replicante lo schema della penale contrattuale. Là dove creditore dell'obbligazione modale e creditore della penale fosse lo stesso soggetto, non sembra giustificabile una persistente efficacia risarcitoria della penale (*stricto sensu* e, pertanto, non soggetta al limite di cui all'art. 671 c.c.) nei confronti dell'onorato, il quale, altrimenti, potrebbe vantare il credito risarcitorio verso l'originario onerato inadempiente e la prestazione modale verso il nuovo onerato, divenuto tale a séguito della risoluzione della prestazione modale in virtù dell'art. 677, c. 3, c.c., senza peraltro la necessità di fornire la prova del danno. Per questa conclusione cfr. R. Lenzi, *Le disposizioni afflittive*, cit., pp. 302-303, il quale deduce l'incompatibilità tra la risoluzione della disposizione attributiva e la penale strettamente intesa, così confortandosi l'idea che la penale testamentaria debba assumere una struttura tipicamente testamentaria, nei termini del legato.

[73] Si pensi all'ipotesi in cui l'erede o il legatario, tenuti a prestare un determinato bene facente parte dell'asse ereditario ad un terzo, in caso di inadempimento fossero obbligati a consegnarne un altro, di valore economico inferiore ma affettivamente più significativo perché legato alla storia della cerchia familiare.

[74] Cfr. da ultimo per una ragionata esposizione delle principali ricostruzioni in materia F.P. Patti, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., pp. 117-127.

disegnare il presidio all'obbligazione principale, può stabilire, utilizzando schemi consueti del diritto successorio, un regime disciplinare in base al quale la soddisfazione del proprio interesse viene affidata alternativamente all'una o all'altra delle disposizioni che contempla, seppure con preferenza per quella principale[75]; in tal caso, parlare di inadempimento da parte dell'onerato *ex legato* o *ex modo* sarebbe sistematicamente scorretto, dovendosi invece discorrere più propriamente di obbligazione facoltativa con scelta alternativa, che trova il suo paradigma nel legato di cose non appartenenti all'onerato, descritto all'art. 651 c.c. Se tale collegamento fosse plausibile, e se l'inadempimento fosse in realtà mero esercizio della facoltà di scelta, si porrebbe peraltro il problema di comprendere come l'interesse del creditore dell'obbligazione principale possa essere disatteso là dove il beneficiario della disposizione rafforzativa fosse un soggetto diverso. Mentre, infatti, in base all'ottica prescelta dal testatore la prestazione penale costituirebbe un equipollente, non necessariamente risarcitorio, di quanto riservato in base alla previsione principale nel caso in cui il creditore delle rispettive obbligazioni fosse la medesima persona, diversamente, l'estinzione dell'obbligazione principale a séguito dell'inadempimento e il sorgere di altro e diverso rapporto tra l'onerato e un ulteriore soggetto si risolverebbero, sì, in una misura compulsoria per l'erede o il legatario gravati, ma anche in uno svantaggio per il creditore dell'obbligazione principale, in quanto quest'ultimo verrebbe così a perdere il diritto spettantegli secondo l'originario programma del *de cuius*.

Debbono perciò determinarsi gli indici che consentano di riscontrare una effettiva volontà sanzionatoria del testatore. In specie, se la prestazione, *prima facie* penale, consiste nel pagamento di una somma di denaro[76],

[75] In tal senso non ritengo di dover condividere l'argomentato rilievo di S. Mazzarese, *Le obbligazioni penali*, cit., pp. 194-195, nt. 14, secondo cui la penale testamentaria dovrebbe essere ricompresa, accedendo alla ricostruzione di G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 12, tra le obbligazioni testamentarie secondarie o accessorie, le quali, pur strutturalmente autonome, sono funzionalmente subordinate a quelle principali, in quanto strumentali a renderne possibile l'esecuzione o a meglio assicurarne l'adempimento.

[76] Sulla natura pecuniaria della prestazione *poenae nomine* concentrano l'attenzione quanti vogliono sottolinearne l'accostamento con la clausola penale contrattuale, per dedurne l'inammissibilità con riferimento al principio della tipicità della penale (A. Marini, *La clausola penale*, cit., p. 94) o con riguardo, nell'ipotesi in cui il beneficiario fosse il creditore della prestazione *ex legato* o *ex modo* rimasta inadempiuta, alla natura di succedaneo del risarcimento del danno, poiché l'eccezione al principio della corrispondenza tra danno cagionato e risarcimento dovuto è contenuta nei limiti espressamente previsti dalla legge (M. Lupo, *Le disposizioni sanzionatorie*, cit., pp. 942-944, la quale si avvale degli argomenti di chi ipotizza una funzione sanzionatoria della penale necessitante della bilateralità, ma nella diversa prospettiva del risarcimento del danno).

merita indagare se, lungi dall'evocare istituti contrattuali, sarebbe più appropriato qualificare la fattispecie in termini non dissimili da quanto previsto all'art. 651 c.c., che consente all'onerato da un legato di cosa del terzo di liberarsi da tale obbligazione corrispondendo il giusto prezzo. Con l'obbligo di corrispondere una somma di denaro predeterminata, difatti, il testatore associa all'obbligazione principale un valore economico espresso in termini monetarî; peraltro, là dove l'importo della prestazione succedanea fosse superiore a quello della principale, ben difficilmente potrebbe negarsi una funzione rafforzativa della volontà testamentaria. Rispetto alla clausola penale contrattuale, inoltre, il creditore che eventualmente rinunciasse alla prestazione sanzionatoria non potrebbe richiedere l'adempimento dell'obbligazione principale, la quale si è estinta in quanto la relativa previsione è risolutivamente condizionata all'inadempimento[77] (e fuorviante sarebbe a tale proposito riferirsi, per escludere tale esito, alla natura meramente potestativa del fatto condizionale, poiché, conseguentemente all'estinguersi dell'obbligazione principale, vi sarebbe il sorgere della penale, sì che non sarebbe rimesso al mero arbitrio dell'onerato il venir meno del relativo impegno).

4. *Il diritto delle successioni e la qualificazione della pena nel testamento*

Dalle osservazioni qui svolte balza evidente all'attenzione dell'interprete la necessità, per risolvere il problema della pena testamentaria, di considerare in modo puntuale le interferenze tra contratto e testamento, sulle quali, com'è noto, la dottrina non ha cessato di interrogarsi, anche a séguito del recupero, nelle ultime ricerche in materia[78], di una visione sostanzialmente

[77] Cfr. molto chiaramente C. Romano, *I legati*, cit., p. 1253, secondo il quale l'inadempimento del legato obbligatorio (o, direi, anche del *modus*) importa la modifica della prestazione cui è tenuto l'onerato (prestazione a titolo di penale in luogo di quella originariamente dedotta quale oggetto del legato); in tale ipotesi il soggetto onorato può essere il medesimo destinatario della prestazione originaria o, per contro, il testatore può designare altro beneficiario.

[78] Si veda in tal senso S. Deplano, *L'interpretazione delle disposizioni testamentarie secondo un'innovata prospettiva di indagine*, in C. Cicero, G. Perlingieri (a cura di), Liber amicorum *per Bruno Troisi*, I, Napoli, 2017, pp. 395-406; G. Perlingieri, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, pp. 119-148, spec. pp. 133-139, ove si sottolinea la globalità degli interessi, anche strettamente personali, cui il testamento è chiamato a dare soddisfazione, la valorizzazione dei quali dà conto del fatto che l'autonomia testamentaria, a differenza di

unitaria dell'atto negoziale (visione che pareva essere stata definitivamente accantonata a séguito di autorevoli indagini in merito[79]). Sotto il profilo metodologico, secondo quanto si accennava in precedenza, le due opzioni che si contrappongono ineriscono, la prima, all'elezione del contesto successorio come unico àmbito al quale attingere per risolvere le questioni inerenti alle clausole testamentarie innominate, il che implicherebbe un ricorso assai selettivo alla disciplina generale del contratto (richiamabile negli stretti confini della compatibilità analogica[80]); la seconda, alla valorizzazione dell'unità negoziale in cui si inscriverebbero i due atti, così da renderne omogenee le regole se fosse riscontrabile un'identità di interessi rilevanti[81]. In realtà, l'opzione più sicura sotto il profilo della compatibilità con il sistema si palesa a mio avviso quella della ricerca, nelle pieghe della disciplina testamentaria, di modelli qualificatorî che possano dare conto della peculiare configurazione assunta, con la c.d. clausola penale testamentaria, dalla volontà del testatore. Qualora una siffatta indagine non conducesse a risultati proficui, solo allora soccorrerebbe, là dove coerente alla *ratio legis* che informa lo strumento testamentario, la disciplina contrattuale; difatti, non si può ignorare la molteplicità di indizî dai quali si ricava la sottrazione del testamento alla disciplina generale in

quella contrattuale, non ritrae la sua vera essenza dalla funzione circolatoria dei beni.

[79] Il riferimento è alle classiche pagine di N. Lipari, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, *passim* e pp. 276-289, per una significativa sintesi del ragionamento complessivo dell'Autore; si vedano anche le argomentazioni di N. Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui: problemi generali*, Milano, 1967, *passim* e pp. 177-182. La revisione della teoria del negozio nella prospettiva ermeneutica del testamento trova la sua più chiara giustificazione, ancora oggi, in P. Rescigno, *L'interpretazione del testamento*, Napoli, 1978 (rist. Napoli, 1952), spec. pp. 181-211.

[80] Autorevolmente esclusa, peraltro, nelle dense pagine di N. Irti, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pp. 559-566, spec. pp. 561 e 564-565, ove si precisa che il ricorso all'analogia, determinando l'applicazione delle norme che regolano i contratti ad altre specie od a singole figure di atti unilaterali, verrebbe in conflitto con l'art. 1324 c.c., che, disciplinando la materia delle norme applicabili agli atti unilaterali, ne circoscrive l'espansione agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. Per una critica a questa impostazione si veda G. Perlingieri, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, cit., p. 120, che sottolinea come molteplici questioni successorie debbano essere necessariamente risolte tenendo conto dei principî e delle regole presenti nella teoria generale del negozio e dell'obbligazione.

[81] Peraltro, proprio la valorizzazione degli interessi, nella prospettiva della ricerca di un'identità del dato socio-economico di riferimento, dovrebbe condurre non al ricorso al paradigma negoziale, che si fonda sui presupposti e sulla struttura degli atti, bensì all'applicazione del metodo tipologico e all'individuazione di regole transtipiche, capaci di orientare l'interprete nella soluzione dei problemi concreti senza l'appello a modelli disciplinari che, nella loro ampiezza, rischiano di essere fuorvianti.

tema di contratto[82].

Va, però, chiarito che, nel disegnare la fisionomia gerarchica delle regole applicabili alla pena testamentaria, non si mira a proporre una riedizione della teoria dei c.d. microsistemi in un diverso settore, per cui il libro secondo delle successioni e, in particolare, la normativa sul testamento, sarebbero dotati di proprie logiche del tutto irriducibili a quelle caratterizzanti altri contesti[83]. Differentemente, si intende valorizzare la necessità che il procedimento di selezione delle regole applicabili avvenga in coerenza sia con gli interessi manifestati dal disponente, sia con il dato socio-economico di riferimento che il legislatore ha visualizzato come antecedente fattuale nella redazione delle stesse, elemento, quest'ultimo, non sempre valorizzato nell'analisi delle problematiche successorie[84].

5. *Il legato* poenae nomine

In effetti, non si può negare che il problema posto dalle clausole rafforzative della volontà del *de cuius*, nel caso di specie, non consiste nel giustificare o meno l'ammissibilità, all'interno del testamento, della clausola

[82] Cfr., per la ricostruzione sistematica del concetto di autonomia testamentaria rispetto a quella contrattuale, mediante l'individuazione di specifici riscontri normativi, G. Bonilini, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, pp. 789-811, spec. pp. 799-809.

[83] Rischio, questo, paventato da G. Perlingieri, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, cit., p. 120, con riferimento a metodi che, da un lato, tendono ad assimilare il contratto e il testamento come meri negozî giuridici, sul presupposto dell'unicità di fondamento che in tal modo si attribuisce all'atto di autonomia, e, dall'altro, qualificano le discipline dei suddetti atti nei termini di "microsistemi non comunicanti" (il riferimento culturale sotteso al concetto di microsistema è, com'è noto, quello prospettato da N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, e *L'età della decodificazione. Vent'anni dopo*, Milano, 1999, *passim* e spec. p. 38, ove il rilievo che «le leggi, che si sogliono ancora denominare "speciali", sottraggono a mano a mano intere materie o gruppi di rapporti alla disciplina del codice civile, costituendo *micro-sistemi di norme*, con proprie ed autonome logiche»). Ora, la compresenza del contratto e del testamento nell'àmbito codicistico esclude che si possano individuare principî autonomamente applicabili ai due atti senza un previo coordinamento, com'è invece nella logica del rapporto tra sistema-codice e microsistema-legge speciale. Tuttavia, la peculiarità dei due istituti induce a ricostruirne le linee sistematiche con la dovuta attenzione alle caratteristiche morfologiche e funzionali, secondo la chiave di lettura della "unità nella diversità" (riferimenti in G. Perlingieri, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, cit., p. 121).

[84] L'esigenza metodologica richiamata nel testo è sottesa alle riflessioni di A. Zoppini, *Le successioni in diritto comparato*, Torino, 2002, spec. pp. 11-19.

penale disciplinata nelle regole di parte generale del contratto, poiché così ragionando si darebbe per scontato che le penali ivi inserite siano modellate sullo schema della pena contrattuale; per contro, è necessario individuare l'esatta qualificazione da attribuirsi alle disposizioni etichettate come "clausole penali testamentarie"[85].

Le argomentazioni che supportano la riconduzione al legato condizionato sospensivamente ad un inadempimento riposano *i*) anzitutto, sulla natura di disposizione a titolo particolare della situazione giuridica che il terzo acquisisce; *ii*) inoltre, sull'arricchimento di questi e, correlativamente, sulla detrazione del dovuto, ad opera dell'erede o del legatario, da quanto ad essi attribuito nell'atto *mortis causa*[86]; *iii*) infine, sulla conciliazione tra il rafforzamento della previsione testamentaria principale e il carattere liberale che acquisisce ogni attribuzione a titolo particolare[87].

La qualifica nei termini del c.d. legato *poenae nomine*, allora, consentirebbe di corredare le penali testamentarie, in via effettuale, di un ampio spazio applicativo, anche tenuto conto del fatto che questo strumento "afflittivo" indiretto è senz'altro più duttile rispetto alle altre sanzioni private compatibili con l'autonomia del testatore[88]. In particolare, un'indubbia utilità sarebbe riscontrabile nel possibile rafforzamento di quelle disposizioni a titolo particolare che, avendo natura atipica, non siano provviste di meccanismi attuativi loro proprî, specie qualora si tratti di comportamenti, dovuti dall'obbligato *ex legato* o *ex modo*, di carattere non negoziale.

In questa prospettiva, tuttavia, non è chiaro quale sia il fondamento dell'assenza di ulteriori strumenti a disposizione del beneficiario del legato; la qualificazione in termini di atipicità di taluni legati, in altre parole, pare deporre, nella tesi in oggetto, per una loro stretta correlazione con la previsione *poenae nomine*, per cui all'inadempimento dei primi si può reagire, nel programma testamentario, con la sola pretesa dell'obbligazione penale, senza perciò potersi avvalere degli ordinarî rimedî. In base ad una

[85] A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., p. 204.

[86] A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., p. 207, nell'evidenziare questo aspetto specifica che, in ogni caso, si tratterebbe di un'obbligazione di dare. Invero tale rilievo non è esatto, poiché la penale testamentaria ricorre anche là dove l'obbligato *ex legato* o *ex modo* inadempiente fosse tenuto, in base alla disposizione del *de cuius*, a tenere una certa condotta, positiva o negativa, nei confronti del beneficiario designato.

[87] A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., p. 205, sottolinea che, per la pena testamentaria, la qualificazione in termini di legato non palesa le perplessità che ineriscono a figure particolari, come il legato di debito, in cui difetta la figura dell'arricchimento, poiché nella disposizione in esame sono presenti sia la detrazione effettuata sull'eredità sia l'arricchimento del legatario.

[88] S. Mazzarese, *Autonomia testamentaria e disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 1838.

simile lettura, allora, la volontà del testatore conformerebbe il beneficio, così che, se questo è accompagnato da una penale testamentaria, qualora fosse frustrato l'intento del *de cuius* vi sarebbe una sostituzione della prestazione originaria con quella prevista nel legato *poenae nomine*, come unico possibile oggetto della pretesa del beneficiario. In tal modo, peraltro, non si darebbe conto dell'ipotesi in cui il suddetto beneficiario fosse un soggetto diverso rispetto al creditore dell'obbligazione rafforzata; inoltre, l'argomentazione illustrata pare basarsi sull'erroneo fondamento dell'atipicità dei legati, i quali, in realtà, non possono mai dirsi tali in base alla struttura, risultando essi appartenere ad uno schema tipizzato dal legislatore a prescindere dal relativo contenuto (questo sì, in ipotesi atipico, se non rientrante tra quelli espressamente contemplati dalla legge), per cui risulterebbe inconferente a tale proposito qualsivoglia richiamo all'art. 1322, c. 2, c.c.[89].

Un'argomentata opinione sottolinea come il valore dei meccanismi preventivi volti a rafforzare le disposizioni testamentarie in oggetto non escluda l'efficacia degli strumenti normativi tipizzati per reagire all'inadempimento delle relative obbligazioni; inoltre, quanto al significato che assume la previsione da parte del *de cuius* di un'apposita sanzione per siffatto inadempimento, se cioè con essa si sia voluta escludere la, pur possibile, esecuzione in forma specifica dell'obbligazione, non sarebbe ravvisabile una (presunta) volontà del testatore, che abbia dotato la clausola di uno specifico rimedio, di limitare ad esso gli strumenti disponibili per il creditore frustrato[90].

[89] È il senso dell'indagine di G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., alle pp. 58-63 (e si veda in particolare le pp. 61-62, per la precisazione secondo la quale non si può parlare di differenti tipi di legato, dovendosi invece affermare che l'ordinamento, tra le varie disposizioni patrimoniali, contempla lo schema legato, che è tipo e mantiene un valore causale costante a prescindere dal suo contenuto concreto). Cfr., invece, per l'applicazione dell'art. 1322, c. 2, c.c., ai legati non appartenenti ai tipi legislativamente nominati, G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 159, testo e nt. 3. Si veda, inoltre, S. Mazzarese, *Clausola penale. Artt. 1382-1384*, cit., pp. 277-278, che discorre esplicitamente di un sindacato di liceità, meritevolezza dell'interesse e utilità sociale al quale sottoporre la funzione sanzionatoria del testamento, al quale *adde* B. Toti, *Condizione testamentaria e libertà personale*, cit., pp. 98-99.

[90] Così G. Bonilini, Sub *Art. 649*, cit., pp. 98-99, il quale precisa che la disposizione penale non vale a configurare, da sola, un'ipotesi di volontà testamentaria tendente ad escludere l'esecuzione in forma specifica (ai sensi dell'art. 2932 c.c., sui cui si concentra questa osservazione), poiché la penale attiene al danno, per cui non coinvolge, di per sé, gli altri rimedî che la legge pone a tutela di un dato soggetto. Per vero, che la penale in queste ipotesi attenga al danno è dubbio, specie qualora si indirizzi a favore di un soggetto diverso dal creditore dell'obbligazione principale rimasta inadempiuta, con riguardo al quale, allora, deve accertarsi se conservi, nella programmazione testamentaria, il credito, ovvero se, data l'opzione per l'onerato di adempiere all'uno o all'altro dei soggetti contemplati dal

Un simile esito interpretativo, senz'altro condivisibile nei presupposti generali, merita però una precisazione: poiché, come si vedrà appresso, l'inadempimento (o il ritardo nell'adempimento) opera come evento risolutivo della obbligazione principale e sospensivo per quella penale, il creditore della prima non potrà agire chiedendo che sia eseguita la prestazione in essa dedotta, conservando comunque le proprie ragioni risarcitorie da soddisfarsi, in via alternativa alla "sanzione" testamentaria, secondo le regole comuni.

Un'ulteriore funzione rafforzativa si propone con riferimento al *modus* avente un oggetto non patrimoniale, così da garantirne l'adempimento in assenza di un vincolo giuridico per l'erede o il legatario ad attuarne il contenuto. Peraltro, la stessa configurabilità di una disposizione modale priva del requisito di patrimonialità si scontra con un dato normativo, ossia l'art. 671 c.c. che impone, come limite all'adempimento dell'onere da parte del legatario, il valore della cosa legata, e con un dato sistematico, in base al quale la sussistenza di obbligazioni testamentarie e l'estensione al testamento dei rimedî previsti per gli atti tra vivi depongono per l'applicazione dell'art. 1174 c.c. anche all'onere testamentario[91]. In generale, pertanto, le volontà etiche o morali del *de cuius*, le quali hanno natura di semplici raccomandazioni, è dubbio possano essere ricondotte al novero dell'obbligazione mediante una clausola penale testamentaria che ne patrimonializzi il contenuto[92], restando allora affidata la loro attuazione al meccanismo condizionale[93], nella forma sia sospensiva[94] sia risolutiva[95].

testatore, l'adempimento nei confronti del beneficiario della penale estingua qualsivoglia pretesa del primo onorato.

[91] Cfr. per una sintesi delle diverse argomentazioni A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., pp. 215-217, ove si prospetta, benché dubitativamente, la possibilità di rendere coercibile un onere non patrimoniale mediante l'apposizione di un legato penale; difatti, il requisito della patrimonialità in tal caso sarebbe integrato mediante un criterio soggettivo, in base al quale il valore del legato penale costituirebbe il parametro di riferimento per il suddetto requisito. Se questa strada non fosse percorribile, si dovrebbe ricorrere alla riqualificazione della clausola penale nei termini di una condizione risolutiva *ex* art. 648 c.c., con lo svantaggio dovuto all'interpretazione *ex post* che le è connaturale.

[92] Per la soluzione positiva, invece, cfr. da ultimo F. Camilletti, *La clausola penale. Profili giuridici*, in *Contr. e impr.*, 2014, pp. 177-200, alle pp. 199-200.

[93] Così M. Giorgianni, *Il "modus" testamentario*, cit., pp. 899-900, seguito da M. Lupo, *Le disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 945.

[94] Cfr. il mio *Condizione testamentaria "sanzionatoria" e fissazione del termine* ex *art. 645 c.c.*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, pp. 154-182 (nota a Trib. Nuoro, 11 agosto 2015, n. 496, *ivi*, pp. 151-153), spec. pp. 168-172, per un'ipotesi di condizione sospensiva apposta al testamento in funzione compulsoria.

[95] Specie nella forma delle clausole di decadenza (o di riduzione) dal lascito; cfr. in tema

5.1. segue: *La disciplina applicabile*

Quanto ai profili di stretta disciplina, deve anzitutto essere puntualmente ricostruita l'interdipendenza tra le due obbligazioni, quella principale e la previsione "penale", al fine di chiarire come l'evento "inadempimento" si riverberi su entrambe[96].

In effetti, le opinioni che hanno sposato il ricorso al legato condizionale sono concordi nello stabilire che quest'ultimo si attivi quando vi sia l'inadempimento dell'obbligazione principale; è necessario, però, comprendere se anche il semplice ritardo nell'adempimento possa essere considerato evento condizionale tale da comportare l'efficacia della seconda obbligazione, tenendo conto del fatto che questo aspetto attiene, come sopra si è accennato, anche alla effettiva capacità sanzionatoria della pena nel testamento. Pur se non si riscontrano frequenti accenni in dottrina con riferimento al ritardo nella prestazione, chi ha affrontato *ex professo* il punto non manca di sottolineare l'assenza di limiti od ostacoli alla penale per il mero ritardo, purché si sia previamente pervenuti a considerare lecita la pena testamentaria in genere[97].

Il problema assume una connotazione particolare allorché il beneficiario della prestazione penale sia diverso rispetto a quello dell'obbligazione rafforzata, in quanto il semplice ritardo, pur non pregiudicando l'interesse di quest'ultimo all'adempimento, si tradurrebbe nella perdita del beneficio (e nella soddisfazione affidata al solo risarcimento del danno), accedendo ad una lettura in base alla quale lo stesso evento (l'inadempimento) è al contempo

per tutti A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., pp. 145-198. Sulla lettura dogmatica di tali clausole nella letteratura di lingua tedesca si vedano R. Birk, *Die Problematik der Verwirkungsklausel in letztwilligen Verfügungen - Die allgemeine* Verwirkungsklausel, in *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 1972, pp. 284-303; D.V. Simon, *Die erbrechtliche Verwirkungsklausel – ein Prüfstein für Privatautonomie*, in D. Bickel, W. Hadding, V. Jahnke, G. Lüke (Hrsg.), *Recht und Rechtserkenntnis. Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag*, Köln-Berlin-Bonn-München, s.d. ma 1985, pp. 627-635, nonché la ricostruzione, di notevole interesse, di C. Baumann, *Erbrechtliche Verwirkungsklauseln*, Köln, 2009, spec. pp. 13-48 per il fondamento giuridico e la classificazione dogmatica delle *Verwirkungsklauseln*.

[96] In effetti, se è vero per la clausola penale contrattuale che, derivando l'obbligazione cui essa accede da un patto, anche la suddetta clausola deve avere origine pattizia, ne consegue allora che, derivando l'obbligazione da un testamento (oltre all'accettazione dell'erede o al non rifiuto del legatario, come anche all'adesione del beneficiario), anche la pena testamentaria può legittimarsi in base alla medesima fonte. In questi termini si veda J. Gernhuber, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 762.

[97] A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., pp. 204-205.

risolutivo dell'una e sospensivo dell'altra disposizione testamentaria. Le questioni che ne derivano, peraltro, attengono più ai profili probatorî che a quelli sostanziali, così che i primi non sono certamente di ostacolo all'individuazione del ritardo come presupposto condizionale della pena nel testamento.

La necessità di chiarire l'esatta natura, sanzionatoria o rimediale, delle disposizioni che rafforzano la volontà testamentaria, poi, ha coinvolto la possibile applicazione, diretta o analogica, dell'art. 1384 c.c., il quale prevede la riduzione giudiziale della penale manifestamente eccessiva, al legato *poenae nomine* su domanda dell'onerato[98]. Il ricorso all'analogia, invece, sarebbe precluso, rispetto al suddetto legato, con riguardo agli artt. 1382 e 1383 c.c.: la prima norma, difatti, concerne l'effetto risarcitorio, mentre, si sostiene, la *eadem ratio* potrebbe semmai sussistere con riguardo alla medesima funzione sanzionatoria; per contro, l'art. 1383 c.c., disponendo il divieto di cumulo tra prestazione e penale, si riferirebbe al caso in cui il creditore pretenda entrambe, mentre nell'ipotesi testamentaria un soggetto sarebbe legittimato a chiedere l'adempimento dell'obbligazione sorta in capo all'erede o al legatario mentre un altro avrebbe diritto alla prestazione "penale" (pur se, in realtà, le due posizioni potrebbero radicarsi in capo alla medesima persona, per cui la critica all'applicazione analogica dell'art. 1383 c.c. non coglie pienamente nel segno).

Poiché la funzione dell'art. 1384 c.c. si comprende solo in riferimento alle disposizioni *inter vivos* e con riguardo alla natura convenzionale del negozio cui accede, si rivengono differenti opinioni sulla idoneità di tale norma a disciplinare le disposizioni testamentarie. Si è allora affermato che, se non convince appieno una sanzione unilateralmente predisposta come quella inerente al legato penale, a più forte ragione dovrebbe ammettersi in questo caso un controllo sul contenuto di tale disposizione analogo a quello previsto dall'art. 1384 c.c., che ha ad oggetto una "sanzione" bilateralmente costituita e, pertanto, conformata e accettata dal possibile destinatario. Oltre a ciò, la riduzione giudiziale del legato penale non sarebbe ostacolata dalla difficoltà di valutare concretamente in questa ipotesi l'interesse all'adempimento del creditore, come criterio in base al quale misurare l'eccessività della penale[99].

[98] In termini generali si veda sul punto F.P. Patti, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., pp. 421-426. Sostanzialmente conforme mi pare la prospettiva di G. Bonilini, Sub *Art. 649*, cit., pp. 97-98, il quale fa cenno al principio di correzione dell'autonomia privata col fine di riconduzione ad equità, di cui all'art. 1384 c.c., che troverebbe spazio anche riguardo alla penale testamentaria.

[99] Tale eccessività, a mio avviso, dovrebbe però valutarsi non in base all'interesse del cre-

In sintesi, se la riduzione giudiziale della penale manifestamente eccessiva si inscrive nel più generale potere di controllo esercitato dall'ordinamento su tutti gli atti di autonomia privata[100], la natura sanzionatoria del legato in discorso ha come «corollario necessario» ed «essenziale conseguenza normativa» questa riduzione, poiché «non si può non controllare una sanzione od una pena privata»[101]. Tale ragionamento, però, sta e cade in base alla premessa che la c.d. clausola penale testamentaria svolga una funzione sanzionatoria, la quale premessa, in realtà, appare più una petizione di principio che un dato dimostrato, poiché nell'analisi degli istituti in cui viene ravvisata si può notare che le loro caratteristiche sono

ditore-legatario ma con riguardo alla strumentalità della medesima rispetto allo scopo di rafforzare la disposizione cui accede, poiché il diritto del soggetto attivo è conformato in tal senso dalla volontà del testatore. Le riflessioni illustrate si debbono a A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., pp. 218-219.

[100] In quest'ottica è stato dato opportuno rilievo alla recente giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di riducibilità della caparra confirmatoria; si veda Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, cc. 2035-2036, con note di E. Scoditti (*Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica ed interpretazione adeguatrice*, *ivi*, cc. 2036-2039), R. Pardolesi (*Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, *ivi*, cc. 2039-2042) e G. Lener (*Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*, *ivi*, cc. 2042-2047), nonché Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, cc. 382-383, con nota di F.P. Patti, *ivi*, cc. 383-386; su tali pronunce rinvio alla disamina di F.P. Patti, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 685-707. Proprio in virtù di questa giurisprudenza si è sottolineato, da un lato, la possibile applicazione diretta del principio costituzionale di solidarietà al fine di considerare riducibile la penale testamentaria, optandosi, peraltro, per un'esclusione della riducibilità là dove la clausola in oggetto sia configurabile nei termini di un legato, poiché, in questo caso, il controllo di proporzionalità è affidato al criterio della non eccedenza rispetto al beneficio disposto a favore dell'onerato su cui grava la sanzione. In una siffatta, condivisibile prospettiva (sulla quale vedi *infra* in questo paragrafo) si colloca R. Lenzi, *Le disposizioni afflittive*, cit., pp. 300-301.

[101] Per le espressioni riferite nel testo si v. A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., p. 219. Cfr., in senso contrario, M. Lupo, *Le disposizioni sanzionatorie*, cit., p. 946, secondo la quale la soluzione esposta nel testo non può condividersi per la natura eccezionale della norma, che è volta a ristabilire l'equilibrio contrattuale e non a tutelare il debitore (in questi termini R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., pp. 1105-1106, testo e nt. 147). Propende invece per il carattere non eccezionale della norma A. Zoppini, *La pena contrattuale*, cit., pp. 277-293, spec. pp. 283-284, con specifico riguardo al legato *poenae nomine*, ove si osserva che la riduzione giudiziale è applicabile analogicamente a questa fattispecie per un'esigenza di controllo sullo schema sanzionatorio posto in essere dal testatore, tenendo altresì conto degli interessi che hanno mosso quest'ultimo alla disposizione e, più in generale, del fatto che, in materia testamentaria, l'autonomia del singolo possa esplicarsi in maniera più diffusa di quanto non avvenga nell'àmbito contrattuale.

descritte presupponendone (non solo lo scopo, ma anche) la funzione "penale"[102]. Di conseguenza, se si fonda la riduzione giudiziale sul carattere sanzionatorio del legato[103], in assenza di questo carattere essa non sarebbe ammissibile; inoltre, pur ritenendola svincolata da profili penali, non si avrebbe comunque coerenza con i principî in tema di legato, poiché, se è un legatario a dover eseguire la prestazione *poenae nomine* a favore di un sublegatario[104], anche il sublegato penale è regolato dall'art. 671 c.c.[105], in base al quale l'onere cui è sottoposto il legato deve essere adempiuto fino al limite del valore della cosa attribuita[106] (e tale identità di disciplina si giustifica in base alla natura di disposizioni a titolo particolare che condividono il legato e il *modus*[107]). In tal caso non sussiste un problema di manifesta eccessività, perché lo stesso legislatore ammette che il peso possa

[102] Esemplare sul punto l'approccio di V. M. Trimarchi, *La clausola penale*, cit., p. 154, all'avvio della relativa trattazione sulle disposizioni testamentarie a titolo di pena.

[103] Sulla connessione tra funzione preventivo-afflittiva della clausola penale e riduzione giudiziale *ex* art. 1384 c.c. possono prospettarsi molteplici perplessità, atteso che in ipotesi essa potrebbe conseguire ad uno scopo riparatorio-risarcitorio, sì che contrarre quantitativamente la prestazione coonesterebbe il principio di corrispondenza tra danno e risarcimento; cfr. l'ampia disamina di F.P. Patti, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., pp. 411-421.

[104] A. Giordano Mondello, voce *Legato (dir. civ.)*, cit., pp. 739-740, sottolinea come nel sublegato, poiché il peso della prestazione è a carico del sublegatario, l'attribuzione patrimoniale nei suoi confronti si configuri limitata dallo stesso sublegato.

[105] Ci si è chiesti se l'applicazione dell'art. 671 c.c. comporti come conseguenza l'inidoneità della penale testamentaria, valutata nel complesso delle disposizioni che riguardano l'onerato, a svolgere un'effettiva funzione sanzionatoria, atteso che il saldo delle suddette disposizioni non potrà mai determinare un effettivo svantaggio a suo carico. Cfr. per questo rilievo R. Lenzi, *Le disposizioni afflittive*, cit., p. 301, nota 36.

[106] Difatti, in virtù dell'art. 671 c.c., si stabilisce un senso di interdipendenza a carattere economico tra l'attribuzione patrimoniale derivante dal legato e l'imposizione del peso; da ciò si ricava che il sublegato, così come l'onere modale, si risolve in una riduzione della portata economica del lascito che può giungere fino ad eliminarla del tutto, senza, tuttavia, eccederne i limiti. Si veda in questi termini A. Giordano Mondello, voce *Legato (dir. civ.)*, cit., p. 740.

[107] Anche ritenendo, correttamente, che *legato poene nomine* ed onere siano differenti, la relativa differenza concerne i soggetti destinatarî (o il cui interesse è stato preso di mira dal testatore; così G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., alla p. 36), determinati in un caso (o limitatamente determinabili nei limiti individuati dall'art. 631 c.c.), appartenenti a categorie di persone solo genericamente determinate nell'altro (o in capo alle quali possa ravvisarsi un interesse morale dello stesso testatore o di altra persona defunta, o altri interessi: cfr. M. Giorgianni, *Il "modus" testamentario*, cit., alla p. 895). In entrambi i casi, si tratta comunque di disposizioni a titolo particolare, il che dovrebbe giustificarne l'unità di disciplina, salve le specificazioni compiute dal legislatore che si ritengano fondate sul criterio differenziale dianzi illustrato.

assorbire integralmente il valore della attribuzione, mentre se il legato penale comportasse un impegno economico maggiore del vantaggio cui è connesso, tale impegno sarebbe per l'appunto ridotto *ex lege*[108]. Per contro, l'erede che voglia limitare l'onerosità del suo impegno può cautelarsi con l'accettazione beneficiata, in modo da risponderne *intra vires hereditatis*[109], mentre in caso di accettazione pura e semplice, poiché egli è consapevole del rischio che l'adempimento del legato comporta, non può invocare una contrazione del proprio sforzo economico[110]. Quest'ultimo argomento, non decisivo se ci si confronta con l'àmbito contrattuale[111], nel contesto successorio persuade proprio perché l'erede può scegliere tra le due tipologie di accettazione e,

[108] Se l'assoggettamento alla disciplina del legato comporta l'applicazione dell'art. 671 c.c., si deve giungere ad una diversa conclusione qualora la c.d. penale svolga in concreto una funzione risarcitoria, la quale opererebbe solo in presenza dei requisiti che giustificano la risarcibilità del danno; in tale ipotesi, allora, il limite fissato dalla norma in esame non potrebbe essere invocato, pur essendo il relativo importo in astratto riducibile; sul tema rinvio a R. Lenzi, *Le disposizioni afflittive*, cit., p. 301, nt. 36, e, con riguardo all'inadempimento dell'obbligo derivante dal *modus*, p. 302.

[109] Si è fatto peraltro notare che l'erede con beneficio di inventario, mentre deve i legati solo *intra vires*, cumulandoli con i debiti dell'eredità, è tenuto senza limitazioni all'adempimento del *modus*; cfr. N. Coviello, *Delle successioni*, 3ª ed., Napoli, 1932, p. 758. In senso diverso cfr. G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 201-202, il quale precisa che sussiste un'identità di trattamento tra *modus* e legato che gravano sull'erede, in quanto, se costui ha accettato senza beneficio di inventario, è tenuto all'adempimento integrale dell'onere e del legato, laddove invece, avendo accettato con beneficio di inventario, egli sarebbe tenuto ad adempiere il legato e lo stesso *modus* secondo la medesima misura, ossia nei limiti del valore dei beni ereditarî acquisiti.

[110] Con riferimento, oltre che all'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c., al possibile utilizzo dell'art. 671 c.c. (nel caso in cui la penale rafforzi l'adempimento di un legato modale) e alle disposizioni che limitano la responsabilità dell'onerato nel caso in cui questi abbia accettato l'eredità con beneficio di inventario si veda G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., p. 170, nt. 274. In sintesi, qualora la penale eccessivamente gravosa accedesse ad un legato modale o ad un sublegato, potrebbe trovare applicazione l'art. 671 c.c.; nel caso in cui fossero rafforzati un legato o un *modus* in capo all'erede che avesse espresso un'accettazione beneficiata, questi risponderà della penale nei limiti dell'attivo ereditario, mentre l'erede puro e semplice avrebbe come unico rimedio l'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c. (peraltro, sopra esclusa).

[111] Anche se nella clausola penale contrattuale il soggetto eventualmente destinatario conosce in anticipo, accettandone il contenuto, quali potranno essere le conseguenze del proprio inadempimento, l'art. 1384 c.c. prescinde da tale conoscenza anticipata in quanto rapporta la manifesta eccessività al danno conseguente all'inadempimento, o al medesimo valutato nella sua gravità. Cfr. sul punto A. Zoppini, *La pena contrattuale*, cit., p. 254, secondo il quale la riduzione della penale eccessiva configura un controllo *ex post* che incide sull'esercizio del potere riconosciuto al creditore di esigere la penale pattuita e, in particolare, sul rapporto tra l'esercizio del potere e l'assetto di interessi *in concreto realizzatosi*.

se non usufruisce del beneficio di inventario, non può limitare la propria responsabilità chiedendo la riduzione del legato "penale".

Ne consegue, allora, che anche il problema della riducibilità *ex officio* della penale testamentaria, in astratto configurabile anche alla luce dell'evoluzione interpretativa che ha interessato l'art. 1384 c.c.[112], deve essere ridimensionato. In effetti, l'unico profilo di effettivo interesse in quest'ottica concerne l'ipotesi in cui parte della prestazione che forma oggetto della clausola rafforzativa sia stata eseguita, poiché in tal caso sarebbe incongruo richiedere l'intera prestazione penale. Peraltro, un limite massimo entro il quale possa spingersi il testatore nella determinazione del *quantum* da infliggere all'erede o al legatario per scopi compulsorî potrebbe forse rinvenirsi, in via sistematica, nel valore dell'attribuzione cui l'obbligazione principale e, conseguentemente, la penale accedono. Difatti, ciò che è previsto in via espressa all'art. 671 c.c. per il legato modale, sarebbe altrettanto applicabile alle varie modalità della pena testamentaria (legato e *modus* a carico del legatario e dell'erede), non solo in virtù della norma citata, ma anche con riferimento all'operatività delle clausole che sanciscono la decadenza dall'attribuzione, o la risolvono per inadempimento del *modus ex* art. 648 c.c., anch'esse piegate ad una funzione afflittivo-stimolatrice; poiché, infatti, l'inadempiente alla volontà del *de cuius* mediante esse è privato del lascito a suo favore, non potrebbe giustificarsi una maggiore gravosità per il medesimo in base alla penale, il cui peso per l'onerato, allora, non può superare il valore dei beni attribuitigli mediante l'atto *mortis causa* che contempla la disposizione sanzionatoria a suo carico[113].

[112] Cfr. sul punto, *ex plurimis*, C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015 (ristampa emendata dell'ed. 2012), pp. 174-178, ove si sottopone a serrata critica l'*iter* argomentativo seguito da Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, la quale ha sancito la riduzione giudiziale *ex officio* della penale contenuta nel contratto; difatti, secondo l'Autore, non può esercitarsi officiosamente un puro controllo sulle modalità con cui le parti del contratto hanno esercitato la relativa autonomia, ma al più il giudice, stante il significato che la clausola penale assume rispetto al risarcimento del danno e sussistendo i presupposti di cui all'art. 1384 c.c., potrà modificare la suddetta clausola, riappropriandosi del potere - ad esso originariamente spettante ed il cui esercizio è escluso dalla penale - di liquidare il danno conseguente all'inadempimento. In termini generali si veda anche R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., pp. 1106-1107, testo e nt. 156 (ove riferimenti sulla sentenza Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.).

[113] Come fa notare R. Lenzi, *Le disposizioni afflittive*, cit., p. 301, «il controllo giudiziale sull'eccessività della penale non trova qui ragione di essere, in quanto, *salvo il caso dell'onerato erede puro e semplice*, tutto si compone all'interno del beneficio disposto dal testatore che, anche se di fatto completamente eliso dalla prevista penale, non potrà in ogni caso determinare uno squilibrio a carico dell'onerato della penale stessa, tale da giustificare l'intervento riequilibratore del giudice» (corsivo mio). Proprio da tali osservazio-

Anche questo snodo sistematico, pertanto, coinvolge la supposta autonomia strutturale e funzionale delle disposizioni in parola rispetto agli istituti testamentarî; in particolare, la contestata applicazione degli artt. 1382-1384 c.c. nell'àmbito dei negozî *mortis causa* si comprende secondo alcuni solo alla luce del fatto che, mentre il modello che disciplinano è considerabile come una pena privata di generalizzata applicazione, per gli altri atti di autonomia privata la funzione sanzionatoria si giustifica là dove specificamente prevista dalla legge[114].

5.2. segue: *Modus e legato penale*

Una prospettiva di analisi volta alla soluzione dei problemi di fondo ora illustrati può essere offerta dalla possibile apposizione del legato a titolo di pena ad un onere testamentario, posto che è necessario distinguere tra la penale che consegue all'inadempimento di un legato e quella prevista in caso di mancata esecuzione di un'obbligazione modale[115]. Il problema si pone soprattutto nel caso in cui, essendovi inadempimento dell'onere, sia incerta l'applicazione del legato penale o dell'art. 648 c.c., che prevede per l'appunto la risoluzione del lascito o l'azione di adempimento a favore del beneficiario o di chiunque vi abbia interesse. Un siffatto snodo concettuale e pratico non è di poco momento, in quanto, come si è opportunamente rilevato, «un'azione di adempimento dell'onere esperita dal legittimato collide con un'azione del terzo legatario, il quale, invocando

ni si ricava la necessità che, anche nei confronti dell'erede puro e semplice, il quale resta comunque obbligato per la totalità dei debiti ereditarî, possa applicarsi non l'art. 1384 c.c. in via analogica, ma il criterio della non prevalenza della penale rispetto all'attribuzione ricevuta, che è proprio di ogni fattispecie rafforzativa della volontà testamentaria (come le condizioni "sanzionatorie" e la risoluzione del *modus ex* art. 648, c. 2, c.c.).

[114] E. Moscati, *Pena privata e autonomia privata*, cit., pp. 511-543, spec. pp. 529-533, alla p. 533. Cfr., però, G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., p. 170, secondo il quale *in subiecta materia* il giudice, pur in assenza di una normativa *ad hoc*, potrà rinvenire utili principî-guida negli artt. 1382-1384 c.c., oltre che, in particolare, nella disciplina del legato.

[115] Anche se talvolta la distinzione non è agevole. Si pensi ad una penale testamentaria in base alla quale Tizio dovrà effettuare la prestazione *x* a favore di Caio, minorenne; in caso di inadempimento, dovrà corrispondere il valore della prestazione in termini monetarî ai genitori di Caio, con vincolo di utilizzazione, su di essi gravante, del *quantum* ricevuto per le necessità del figlio. Una siffatta struttura della clausola pone peculiari problemi di qualificazione, specie qualora si ipotizzasse che all'apertura della successione Caio fosse unico erede dei genitori nel frattempo premorti al disponente.

l'inadempimento, pretenda l'adempimento del legato *poenae nomine*»[116]. La complessità del problema è data dal fatto che si intrecciano le posizioni del legatario penale e dei soggetti che, in base all'art. 648 c.c., possono chiedere l'adempimento (il beneficiario del *modus* e, in generale, chiunque vi abbia interesse). Poiché, nel caso di specie, i rimedî indicati non possono essere contestuali, per cui non si può reagire all'inadempimento utilizzando, il beneficiario del *modus* o chiunque vi abbia interesse, gli strumenti previsti dalla legge e, il legatario penale, quello indicato nel testamento, sono in astratto ipotizzabili due soluzioni: o l'art. 648 c.c. esclude che il testatore possa apporre al *modus* un legato rafforzativo, oppure la volontà del testatore concentra su quest'ultimo la reazione all'inadempimento dell'onere testamentario. Se si accetta quest'ultima ipotesi, l'art. 648 c.c. va qualificato come norma suppletiva[117] la cui operatività è esclusa da previsioni incompatibili del testatore (e l'incompatibilità del legato penale è ben dimostrata dal possibile conflitto tra legatario e soggetti interessati al *modus*). Una soluzione al problema è stata prospettata sul piano processuale, ipotizzando il seguente percorso argomentativo: *i)* il legatario, in caso di inadempimento dell'onere, per conseguire quanto gli spetta deve provare in giudizio questo inadempimento; *ii)* egli deve pertanto citare in giudizio - oltre, si suppone, all'onerato - il legittimato all'azione di adempimento o di risoluzione *ex* art. 648 c.c.; *iii)* se il suddetto legittimato chiede l'adempimento (si suppone, con domanda riconvenzionale), qualora tale adempimento avvenga, viene meno il presupposto dell'azione del legatario (in quanto, allora, cesserebbe la materia del contendere); *iv)* se il legittimato chiede la risoluzione, la disposizione attributiva opererà a favore del nuovo

[116] A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., p. 214.

[117] Tale suppletività, peraltro, è relativa alle tecniche di attuazione della volontà del testatore, che può prescegliere la penale in luogo della risoluzione giudiziale; qualora, invece, il *de cuius* optasse per un meccanismo risolutorio, la norma è cogente in ordine alle relative caratteristiche, sì che non potrà prevedersi una clausola risolutiva espressa con effetto stragiudiziale, in luogo della clausola di risoluzione del *modus* da sottoporre al vaglio dell'autorità giudiziaria, alla quale spetta disporre con sentenza costitutiva circa la sorte dell'onere e dell'attribuzione ad esso collegata. In questa prospettiva, che sottolinea come l'autonomia privata incontri limiti nella trasfusione di istituti proprî dei contratti sinallagmatici ai negozî liberali, si colloca la giurisprudenza, che esclude, in caso di inadempimento del *modus* donativo, la possibilità di prevedere una risoluzione di diritto, tramite una clausola risolutiva espressa, in luogo di quella giudiziale, oggetto di una specifica disciplina all'art. 793, c. 4, c.c. (si v. Cass., 20 giugno 2014, n. 14120, in *Contratti*, 2015, pp. 160-161, con *Commento* di G.F. Aiello, *ivi*, pp. 161-168; ma già tale assunto si rinveniva in Cass., 28 giugno 2005, n. 13876, in *Foro it.*, 2006, I, cc. 777-783). Se, allora, tale esclusione, vale per il negozio donativo, là dove la clausola risolutiva espressa è condivisa con l'onerato, a maggiore ragione dovrebbe valere per il testamento.

onerato, per il quale si ripropone il medesimo problema dell'eventuale suo inadempimento; *v)* se il legittimato non si costituisce in giudizio, la sentenza di condanna dell'onerato ad adempiere al legato esplicherà i suoi effetti, col passaggio in giudicato, anche nei confronti del contumace, che non potrà proporre alcuna azione, anche tardiva; *vi*) se l'onerato adempie stragiudizialmente il legato, assume il rischio di un'eventuale azione tardiva (o, meglio, successiva) del legittimato[118]. Sulla base di quanto rilevato in precedenza, un meccanismo processuale così descritto a mio avviso non è conforme alla corretta ricostruzione dei rapporti tra legato penale apposto ad un onere e art. 648 c.c.; difatti, in quest'ultima norma deve per l'appunto ravvisarsi un carattere suppletivo, sì che il conflitto tra legatario e legittimati è escluso dallo stesso *de cuius*, che ha prescelto un proprio strumento di tutela della volontà consegnata al testamento. Sotto il profilo processuale, il legatario deve effettivamente dimostrare l'inadempimento come condizione risolutiva dell'onere e sospensiva per l'efficacia dell'attribuzione a suo favore, citando in giudizio l'onerato qualora questi non adempia stragiudizialmente al legato; non è ipotizzabile alcuna azione tardiva del beneficiario del *modus* o di chiunque sia interessato ai relativi adempimento o risoluzione, perché la disposizione attributiva del suo diritto o rispetto alla quale aveva interesse si è risolta con l'inadempimento dell'onerato. Il lascito cui il *modus* era connesso, allora, sarà devoluto al successivo chiamato senza alcun onere, il che è conforme alla ricostruzione della volontà testamentaria che valorizza, in base alla presenza della clausola *poenae nomine*, la fungibilità tra l'adempimento del *modus* e l'esecuzione del legato penale per la soddisfazione dell'interesse del testatore.

5.3. segue: *L'efficacia sanzionatoria del negozio testamentario di destinazione* ex *art. 2645-ter c.c.*

Per le caratteristiche vincolanti sue proprie, può a mio avviso essere compatibile con l'intento rafforzativo del testatore l'atto di destinazione atipico *ex* art. 2645-*ter* c.c., la cui applicazione a tale scopo necessita, anzitutto, di un esame preliminare concernente la possibile origine

[118] A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., p. 214. Qui non risulta chiaro se il riferimento sia ad un adempimento in pendenza di un giudizio nel quale non sia stato convenuto il legittimato *ex* art. 648 c.c. o in assenza di qualsivoglia instaurazione di un processo; inoltre, non viene precisato in cosa consista il rischio (che, plausibilmente, si sostanzierà nella preclusione a ripetere quanto prestato in esecuzione del legato *poenae nomine*).

testamentaria del relativo negozio[119] e, poi, l'efficacia compulsoria che esso è suscettibile di dispiegare.

Richiamando in questa sede gli esiti cui si è pervenuti in altro contesto[120], merita confrontarsi anzitutto con le argomentazioni, prevalentemente di stampo esegetico, tramite le quali una (ad oggi, unica) giurisprudenza ha negato che il testamento possa essere fonte del negozio destinatorio ai sensi della norma citata[121]. In particolare, l'*iter* argomentativo dei giudici si articola: *i*) nel ritenere inammissibile il vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 2645-*ter* c.c. mediante testamento, in base al fatto che quest'ultimo, a differenza di quanto previsto in materia di fondazioni (art. 14, c. 2, c.c.) o di fondo patrimoniale (art. 167 c.c.), non è indicato dalla norma come titolo costitutivo; *ii*) nel sancire la non estensibilità ermeneutica dell'art. 2645-*ter* c.c., in virtù della sua qualità di norma derogante al principio della responsabilità patrimoniale *ex* art. 2740 c.c.; *iii*) nell'escludere il fine di mantenere, educare, istruire (e assistere moralmente) la prole dal novero degli interessi meritevoli di tutela contemplati nell'art. 2645-*ter* c.c., i quali debbono connotarsi in senso etico e solidaristico anche se riferiti a singole persone fisiche.

La dottrina, nel commentare tali assunti, non ha mancato di rilevarne i profili critici, in base ai quali, anzitutto, non può certo derivarsi dal silenzio del legislatore la mancata riconducibilità del testamento agli "atti in forma pubblica" da cui la norma in oggetto fa derivare il vincolo di destinazione; difatti, non sussistono limiti relativi alla natura *mortis causa* o *inter vivos* del titolo costitutivo, giacché l'art. 2645-*ter* c.c. si limita a prevedere un requisito

[119] Cfr. in termini generali F. Spotti, *Il vincolo testamentario di destinazione*, in G. Bonilini (a cura di), *Le disposizioni testamentarie*, Torino, 2012, pp. 163-169; A.A. Carrabba, *Testamento e destinazione patrimoniale (l'art. 2645*-ter *c.c. e il momento negoziale)*, in *Riv. not.*, 2014, pp. 1125-1152; E. Moscati, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 253-274.

[120] A. Zoppini, L. Nonne, *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, in *Tratt. Rescigno-Jeva*, I, Padova, 2010, pp. 147-193, spec. pp. 170-191.

[121] Si tratta della sentenza 18 maggio 2013 del Tribunale di Roma, sulla quale si veda la nota di A. Azara, *La disposizione testamentaria di destinazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, pp. 86-94 (il testo della sentenza, non riportato in quella sede, può invece leggersi in *Fam. dir.*, 2013, pp. 783-786, con nota di R. Calvo, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*, *ivi*, pp. 786-789, e in *Notariato*, 2014, pp. 63-66, con *Commento* di C. Romano, *ivi*, pp. 66-78). Peraltro, come rileva opportunamente A.A. Carrabba, *Testamento e destinazione patrimoniale (l'art. 2645*-ter *c.c. e il momento negoziale)*, cit., p. 1127, «a voler percorrere la strada della mera lettera della legge, si potrebbe…rilevare che l'art. 2645-*ter* c.c. richiama - quale sinonimo di negozio nel linguaggio codicistico - l'atto e che il testamento risulta definito nell'art. 587 c.c. dallo stesso legislatore proprio come atto».

formale, rimettendo al disponente la selezione dello strumento tecnico con il quale, nella forma prescritta, si produrranno gli effetti destinatorî[122]. Con riguardo, poi, alla preclusione verso una lettura estensiva della norma, derivante dalla deroga che essa apporterebbe al principio sancito nell'art. 2740 c.c., è evidente il fraintendimento in cui è incorso il giudicante, là dove richiama l'art. 14 disp. prel. c.c. oltre il suo àmbito applicativo, che concerne la sola analogia e non l'estensione ermeneutica dell'art. 2645-*ter* c.c.[123].

Quanto alla meritevolezza degli interessi perseguiti da chi pone in essere l'atto, la ricostruzione a mio avviso più conforme alla struttura e alla *ratio* della previsione in commento è quella che evidenzia come i medesimi siano strumentali all'opponibilità della destinazione ai terzi, non alla produzione degli effetti ad essa riconducibili. In più semplici parole, è certamente da condividersi l'assunto in base al quale, in materia testamentaria, affinché le disposizioni del *de cuius* siano efficaci, è sufficiente la mera liceità delle medesime (come si evince dagli artt. 626 e 634 c.c.); poiché, però, la peculiarità dell'atto di destinazione, rispetto ad una mera clausola modale, consiste per l'appunto nel renderne opponibili gli effetti mediante la trascrizione[124], il rilievo reale che il medesimo assume deve giustificarsi, non essendo gli scopi che esso si prefigge preventivamente determinati dal legislatore, con il perseguimento di interessi meritevoli di tutela[125].

[122] Per questa conclusione, alla quale ho aderito in A. Zoppini, L. Nonne, *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, cit., pp. 176 e 179-180, si vedano ora F. Spotti, *Il vincolo testamentario di destinazione*, cit., p. 165; A. Azara, *La disposizione testamentaria di destinazione*, cit., p. 87.

[123] Ciò che coglie efficacemente A. Azara, *La disposizione testamentaria di destinazione*, cit., p. 87. Che si tratti di interpretazione estensiva, peraltro, è a mio avviso da dubitare, in quanto il termine "atti" contenuto nell'art. 2645-*ter* c.c., inteso letteralmente, ricomprende senz'altro sia i negozî unilaterali (*inter vivos* e *mortis causa*) sia i contratti; per contro, sarebbe restrittiva un'interpretazione che limitasse l'àmbito applicativo di questa norma ai soli contratti o, al più, esclusivamente ad essi ed agli atti unilaterali tra vivi *ex* art. 1324 c.c.

[124] E. Moscati, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, cit., p. 254, con riferimento all'ipotesi di morte del conferente e di trasmissione agli eredi dei beni già gravati dal vincolo di destinazione (costituito dal *de cuius* in vita), osserva in contrario che il suddetto vincolo, anche là dove trascritto ai sensi dell'art. 2645-*ter* c.c., conserverebbe pur sempre efficacia meramente obbligatoria.

[125] A tale proposito ho avuto occasione di affermare che il riferimento all'art. 1322, c. 2, c.c. deve intendersi come semplice indicazione del *topos* normativo in cui è inserita l'espressione "interessi meritevoli di tutela", del tutto priva di valenza sistematica e di efficacia disciplinare nel richiamo alla disciplina contrattuale per integrarne il contenuto; cfr. A. Zoppini, L. Nonne, *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, cit., p. 178, e, per la formulazione originaria di questo assunto, L. Nonne, *Autodestinazione e separazione patrimoniale negli enti non profit dopo la riforma del diritto societario*, in A.

Infine, si è fatto condivisibilmente notare come possa ragionevolmente dubitarsi di una lettura dell'art. 2645-*ter* c.c. secondo la quale esso consentirebbe di ottenere un sensibile effetto di subordinazione degli interessi che pertengono ai creditori del c.d. conferente rispetto all'interesse del beneficiario, là dove il vincolo di destinazione risulti da un atto *inter vivos*, mentre non sarebbe prevista un'analoga efficacia, pur in presenza dei medesimi presupposti, quando il vincolo derivi invece da un atto di ultima volontà[126].

Posto che nessun ostacolo sistematico si frappone alla costituzione mediante testamento di un vincolo di destinazione, merita sottolineare che il relativo utilizzo in chiave rafforzativa appare particolarmente appropriato, poiché, tramite esso, si realizza una progressione di costrittività rispetto alla disposizione principale *ex legato* o *ex modo*; difatti, mentre quest'ultima ha efficacia meramente obbligatoria, l'atto *ex* art. 2645-*ter* c.c. è idoneo, si è detto, a produrre effetti reali[127], per cui la forza di tale strumento è senz'altro assai significativa nell'ottica di esercitare una sensibile pressione psicologica sull'onerato affinché questi adempia alla volontà del testatore[128].

Zoppini, M. Maltoni (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni*, Padova, 2007, pp. 231-271, alla p. 245, nt. 38.

[126] Così E. Moscati, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, cit., p. 274, che evoca giustamente il fondato sospetto di incostituzionalità della norma in tal modo interpretata.

[127] Mi sono pronunciato in questo senso in A. Zoppini, L. Nonne, *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, cit., p. 173; per un'argomentata opinione che sostiene, per contro, l'efficacia obbligatoria del vincolo *ex* art. 2645-*ter* c.c. rinvio a E. Moscati, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, cit., pp. 261-263.

[128] Diversamente, se il *de cuius* intendesse rafforzare una disposizione *ex* art. 2645-*ter* c.c. o *ex* art. 32 c.c. (quest'ultimo, concernente il lascito di beni con destinazione particolare ad una persona giuridica), la relativa necessità, alla luce della disciplina delle due fattispecie, sarebbe decisamente dubbia. Difatti, comportando entrambe effetti reali, la tutela della volontà del testatore è di per sé assicurata, nel primo caso, dall'incisiva azione degli interessati e, nella seconda ipotesi, dal ruolo dell'autorità governativa, preposta a garantire il rispetto del vincolo destinatorio ai sensi dell'art. 25 c.c. [specie se si sposa la tesi che sottolinea la natura di fondazione fiduciaria della fattispecie di cui all'art. 32 c.c.; cfr. sul punto L. Nonne, *Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 1299-1330, spec. pp. 1299-1300, nt. 2, e p. 1304 (ove, peraltro, alla p. 1306, si esclude che l'autorità governativa, in caso di inadempimento degli obblighi di gestione e amministrazione, possa sostituire l'ente originario con altra persona giuridica idonea a realizzare lo scopo divisato dal testatore). L'istituto è stato recentemente ripreso, in un'indagine di ampio respiro sistematico, da L. Cavalaglio, *La fondazione fiduciaria: struttura e funzione della destinazione patrimoniale*, Milano, 2017, il quale, alla p. XI dell'Introduzione, sottolinea opportunamente come tale disposizione sia suscettibile di costituire un elemento indispensabile al fine di delineare la realità del

È necessario a questo proposito chiarire che il ricorso all'art. 2645-*ter* c.c. implicherebbe una duplice afflittività per l'onerato, nel momento in cui questi non solo vede una parte dei beni attribuitigli sottoposta a vincolo, la cui disposizione diviene efficace in caso di inadempimento[129], ma è tenuto ad adempiere agli obblighi di gestione dei medesimi conformemente alla volontà del *de cuius*. Il testatore, peraltro, potrà destinare i suddetti beni solo a scopi di pubblica utilità (secondo quanto afferma la stessa giurisprudenza prima citata)[130], i quali giustificano il rilievo reale della destinazione atipica, che si caratterizza, allora, come strumento alternativo alla fattispecie fondazionale, recuperandone l'archetipo originario ed elidendone i costi[131].

vincolo di destinazione impresso sui beni]. La natura reale del vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 32 c.c. (cfr. L. Nonne, *Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, cit., p. 1311) è stata recentemente posta in discussione, in quanto, sulla base del dato normativo, non potrebbe in alcun modo legittimarsi la sussistenza di vincoli di indisponibilità e di destinazione gravanti sui beni con destinazione particolare e opponibili ai creditori, oltre all'espresso richiamo legislativo alla figura dell'onere, che farebbe deporre per la natura obbligatoria del vincolo (così E. Moscati, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, cit., p. 260). Tali argomentati rilievi, peraltro, sono a mio avviso superabili, in quanto la previsione dell'art. 32 c.c. si giustifica proprio perché i beni lasciati o donati all'ente con scopo diverso da quello suo proprio sono sottratti alla normale gestione e alle pretese creditorie anche precedentemente o in assenza della trasformazione/estinzione della persona giuridica (in altre parole, dalla circostanza che i beni citati non sono ricompresi nella garanzia patrimoniale generica successivamente alle vicende dell'ente contemplate dall'art. 32 c.c. deve inferirsi logicamente che il medesimo regime disciplinare viga anche a prescindere dalle suddette vicende). Inoltre, non è all'onere che deve guardarsi come fonte degli effetti, in quanto il medesimo è solo un frammento della complessiva fattispecie dalla quale la separazione, e il rilievo reale, derivano *ex lege*; pertanto, l'efficacia obbligatoria del *modus*, se ricorrono gli ulteriori requisiti previsti dall'art. 32 c.c., soccombe di fronte agli effetti reali che la legge fa discendere, per l'appunto, dalla compresenza degli elementi individuati dalla norma.

[129] Questa disposizione, allora, appare riconducibile, più che alla penale testamentaria, alla clausola di riduzione del lascito, qui intesa in senso qualitativo.

[130] Può farsi notare a questo proposito che, non integrandosi il requisito della meritevolezza, non si verifica in tal caso un difetto della causa negoziale e, pertanto, la nullità dell'atto (così, invece, E. Moscati, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, cit., p. 266), ma vi sarebbe una degradazione dell'effetto reale, consentito dall'art. 2645-*ter* c.c., a meramente obbligatorio, sì che la relativa disposizione dovrà essere riqualificata nei termini del *modus*.

[131] Cfr. A. Zoppini, L. Nonne, *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, cit., pp. 181-183, per un maggiore sviluppo di questa conclusione. In senso contrario si veda A. Azara, *La disposizione testamentaria di destinazione*, cit., p. 89, che sposa la lettura di G.A.M. Trimarchi, *Gli interessi riferibili a persone fisiche*, in Aa. Vv., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, pp. 261-279, alla p. 267, il quale discorre di una gerarchia degli interessi meritevoli e nega che l'argomento letterale (ossia, lo specifico riferimento compiuto dalla norma a

6. *Legato a titolo di pena e funzione compulsoria*

Esaminando più nel dettaglio la natura della clausola penale testamentaria e le (eventuali) connesse implicazioni sistematiche, merita sottolineare come, nell'àmbito di talune riflessioni sulle caratteristiche delle sanzioni private, si sia esclusa la riconducibilità della pena contrattuale a questa categoria, sul presupposto che «per esprimere una valutazione positiva del potere sanzionatorio privato riconducibile all'autonomia negoziale, [occorre] verificare se esso promani da una autorità privata costituita sulla base di un consenso unanime o formatosi secondo i dettami del principio di maggioranza», per cui «in assenza di siffatta autorità non potrebbe giustificarsi alcuna supremazia di un soggetto nei confronti di un altro nei rapporti di diritto privato»[132]. La conclusione proposta è che, nonostante in concreto la duplice funzione riparatoria e sanzionatoria possa riscontrarsi nel programma cui è strumentale la penale[133], ciò non sarebbe sufficiente a qualificarla nei termini della pena privata, poiché l'inserimento della medesima nel negozio cui accede non si accompagna alla creazione di una autorità *super partes* e, inoltre, in quanto gli effetti sanzionatorî risultano residuali, quando non meramente eventuali, rispetto al profilo riparatorio che strutturalmente la caratterizza.

Con specifico riguardo alla penale testamentaria, è stato poi fatto notare che a maggior ragione non si può accettarne la natura di pena privata, poiché i rapporti derivanti dal testamento non possono essere caratterizzati da un'eguaglianza reciproca tra i soggetti coinvolti in quanto essi sono governati dalla preminente volontà del testatore, mentre all'onerato, di

persone con disabilità e a pubbliche amministrazioni) possa suffragare un limite alla sola solidarietà e utilità sociale per riscontrare la meritevolezza di interesse richiesta dalla disposizione in esame. Peraltro, pare difficile individuare la valenza operativa della suddetta gerarchia, che risulta essere, a mio avviso, una mera esemplificazione implicante finalità metaindividuali (relative anche alle persone fisiche, il riferimento alle quali, allora, non legittima il perseguimento di scopi individualizzabili, pur se non futili, per l'integrazione della fattispecie).

132 Così R. Caprioli, *Consenso e istituzionalizzazione nella determinazione delle sanzioni di diritto privato*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, pp. 279-293, alla p. 287, che riprende la tesi di C.M. Bianca, *Le autorità private*, (Napoli, 1977, ma consultato) in Id., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, Milano, 2002, pp. 47-134, spec. pp. 50-53, con specifico riguardo al principio di eguaglianza, e p. 54, per i riferimenti alle autorità di fatto, ossia al «formarsi di situazioni di assoggettamento a poteri autoritari che non costituiscono privilegi di diritto ma si avvalgono di comuni situazioni giuridiche».

133 A. Zoppini, *La pena contrattuale*, cit., pp. 164-167.

fronte al regolamento di questi rapporti, residua un'opzione vincolata, se accoglierli integralmente o respingerli mediante la rinunzia o il rifiuto; in tal modo, però, non si vuole negare al testatore la possibilità di rafforzare la propria volontà con mezzi indirettamente coercitivi per l'onerato, ma si intende ribadire che tali mezzi possono essere più propriamente ricondotti nello schema della condizione, dell'onere e della decadenza, piuttosto che delle sanzioni private[134].

In effetti, a differenza della funzione risarcitorio-sanzionatoria che si tende ad ascrivere alla clausola penale contrattuale, la pena testamentaria presenta indubbie caratteristiche compulsive e liberali, per cui ad essa sono estranee finalità risarcitorie[135]. Al fine di meglio comprovare una siffatta conclusione può ipotizzarsi una clausola penale testamentaria a favore del creditore dell'obbligazione principale così strutturata: "Tizio dovrà mantenere Caia per cinque anni dalla mia morte. In caso contrario, dovrà dare a Caia un quadro della collezione che gli ho lasciato per ogni anno in cui non avrà rispettato il mio volere". Se si suppone che i quadri abbiano un valore inferiore all'annualità del mantenimento, ma che la loro distrazione dalla collezione dispregi esponenzialmente la medesima, non può certo sostenersi che in tal modo il testatore abbia voluto predeterminare il risarcimento del danno a favore di Caia per l'inadempimento di Tizio.

Pertanto, da quanto finora osservato si ricava che: *i*) anzitutto, a prescindere dalla rilevanza che si attribuisca o meno al soggetto titolare del diritto alla prestazione *poenae nomine*, il dato strutturale conduce sempre a qualificare la relativa clausola in termini di legato o di *modus* (obbligatorio o "reale", nei termini dell'art. 2645-*ter* c.c.); *ii*) inoltre, il contenuto della prestazione, seppure è indifferente ai fini di questa qualifica, proprio per la sua varietà confligge con il rinvio al paradigma della clausola penale contrattuale, il cui antecedente concreto visualizzato dal legislatore nel disegnarne la fisionomia è in via esclusiva il pagamento di una somma

[134] R. Caprioli, *Consenso e istituzionalizzazione nella determinazione delle sanzioni di diritto privato*, cit., p. 289.

[135] Ciò che è chiarito da M. Andreoli, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, cit., p. 333. R. Lenzi, *Le disposizioni afflittive*, cit., p. 296, nell'ascrivere una funzione eminentemente sanzionatoria della penale nel testamento, sottolinea come sia dubbio impostare il problema del raffronto tra clausola contrattuale e testamentaria nei termini di una rigida qualificazione funzionale derivante dal dato normativo, senza tenere conto della funzione che, in concreto, le parti le assegnano, la quale può assumere una configurazione sanzionatoria o, altre volte, un rilievo risarcitorio. In tale ultimo caso, peraltro, verrebbe meno a mio avviso anche l'efficacia rafforzativa della penale testamentaria, poiché il *de cuius* si limiterebbe a ristorare il creditore deluso dall'inadempimento dell'onerato.

di denaro[136]; *iii*) infine, il dato funzionale del carattere compulsivo-sanzionatorio proprio della pena nel testamento non comporta deviazioni disciplinari rispetto a quanto previsto in tema di legato o di *modus*. Difatti, è innegabile la convivenza tra funzione sanzionatoria e funzione di liberalità nel caso di specie, ed è altrettanto indiscusso che la prima prevalga nettamente sulla seconda nelle intenzioni del testatore; tuttavia, pur essendo recessivo nell'assetto dato dal *de cuius* alla disposizione che lo prevede, il carattere liberale dota la clausola di una disciplina - per l'appunto, quella del legato o dell'onere testamentario - la quale non può essere disattesa invocando l'intento punitivo che viene mediante essa perseguito. Dato, allora, che alla funzione liberale corrispondono ben precisi profili disciplinari, vi è da chiedersi se, negando tale funzione e valorizzando il solo scopo sanzionatorio, si possa esercitare l'azione di riduzione per lesione di legittima; e, per contro, qualora la prestazione a titolo di penale fosse maggiormente gravosa dell'obbligazione principale[137], premessa la non riducibilità della sanzione *ex* art. 1384 c.c. (analogicamente applicato), se il soggetto, obbligato ad eseguire la penale in caso di frustrazione della volontà testamentaria, possa agire in riduzione avverso il legato *poenae nomine* che ledesse i relativi diritti di legittimario, pur se tali diritti, nel caso in cui questi avesse eseguito la disposizione primaria, sarebbero stati salvaguardati[138].

7. *Conclusioni: la pena testamentaria come fonte di obbligazioni*

La riconduzione della pena programmata dal *de cuius* nel novero dei legati o degli oneri testamentarî corrobora ulteriormente quella prospettiva

[136] G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., p. 167, nt. 264, dopo avere giustamente rilevato che non può escludersi la previsione in penale di una prestazione di dare avente oggetto diverso dal danaro, ovvero di fare e/o non fare, sottolinea l'opportunità che la pena testamentaria contempli una prestazione a carattere non infungibile.

[137] Sempre che la sproporzione tra obbligazione principale e pena testamentaria non sia talmente intensa da farsi sintomatica di una non seria volontà testamentaria; cfr. G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., p. 170.

[138] Un diverso problema concerne il caso della penale rafforzativa di una disposizione che lede i diritti dei legittimarî, la quale sarebbe comunque soggetta a riduzione; in tal caso si predica l'inefficacia della penale (la quale, peraltro, potrebbe essere spontaneamente osservata dal soggetto ad essa tenuto, che non intende impugnare il testamento in ossequio alla volontà del *de cuius*). Si v. sul punto G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., p. 168.

di indagine che, nell'àmbito di un'analisi morfofunzionale dell'istituto, ne ha ravvisato la duttilità e la capacità di fungere da versatile strumento per una pianificazione ereditaria più coerente agli interessi del testatore[139]. Inoltre, giovandosi delle indagini che hanno approfondito l'elasticità del tipo "legato", l'oggetto articolato del *modus* e la natura delle obbligazioni testamentarie, si è pervenuti ad identificare uno strumento applicativo che dota la clausola in esame di una disciplina certa e coerente con la funzione dello strumento *mortis causa* cui accede. A questo proposito, lungi dal volere ripercorrere le diverse configurazioni del testamento come atto attributivo delle sostanze per il tempo in cui il disponente avrà cessato di vivere, ai sensi dell'art. 587 c.c., può in questa sede (solo) accennarsi al fatto che, riguardando tale atto non come modo di acquisto della proprietà, bensì come fonte di obbligazione[140], le riserve espresse sulla relativa negozialità possono superarsi, in quanto la volontà dell'effetto non trova un succedaneo nella previsione di legge, né può dirsi che l'atto sia mero presupposto fattuale per la concreta operatività di quest'ultima[141].

Merita sottolineare, in questa prospettiva, come sia stato persuasivamente dimostrato che la fonte delle obbligazioni testamentarie deve rinvenirsi in un atto negoziale complesso[142], in cui assumono pari rilevanza *i*) la disposizione testamentaria, che prevede il contenuto del rapporto e l'imputazione soggettiva del medesimo[143], *ii*) l'accettazione dell'onerato

139 Il riferimento è a G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., *passim* e spec. pp. 96-99.

140 Sulla dimensione operativa del testamento come fonte di obbligazioni si veda per tutti V. Barba, *Disposizioni testamentarie costitutive, modificative ed estintive di rapporto obbligatorio*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, pp. 15-28, spec. pp. 16-18.

141 Cfr. sul punto le diverse posizioni degli autori citati *supra* alla nt. 71.

142 G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 523, parla di atto negoziale "composto", riprendendo in tal senso F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pp. 426-428 (sull'atto complesso che costituisce il *genus* dell'atto composto), 429-432 (sull'atto composto in senso proprio), spec. p. 430, secondo la cui impostazione, con riguardo alla fonte delle obbligazioni testamentarie, dovrebbe parlarsi di atto composto pluripersonale.

143 G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 372, rileva l'insufficienza della volontà testamentaria come esclusiva fonte delle obbligazioni da essa contemplate. Difatti, tale assunto si scontra con due principî, in base ai quali *i*) nessuno può essere costretto ad accettare un qualsivoglia vantaggio contro la sua volontà e per un mero atto di autonomia privata del disponente, e *ii*) nessuno può vedersi imposto allo stesso modo l'adempimento di un'obbligazione. In realtà, può qui notarsi che il principio è unico, in quanto nessuno può subire modificazioni della propria sfera giuridica senza avere prestato il suo consenso (salve le eccezioni previste dalla legge).

(erede testamentario o legittimo; legatario)[144] e *iii*) l'adesione dell'onorato (legatario o terzo interessato nel *modus*)[145]. Inoltre, per quanto attiene al rapporto obbligatorio, la disposizione testamentaria svolge un ruolo determinante, non solo con riguardo ai soggetti e al contenuto, ma anche, e soprattutto, in merito alla valutazione dello stesso interesse che fa capo al creditore[146].

Difatti, molteplici profili che attengono alla disciplina del legato o del *modus* a titolo di pena debbono essere chiariti considerando che il peculiare rapporto obbligatorio venutosi in tal modo a creare, dal punto di vista della posizione creditoria, esige di essere considerato nella prospettiva sia del soggetto beneficiario, sia degli interessi che, per mezzo della sua soddisfazione, il testatore ha inteso fossero realizzati. Se ne ricava, pertanto, la necessità di tenere conto, tra i parametri di valutazione dell'adempimento, non solo dell'interesse creditorio menzionato all'art. 1174 c.c.[147], ma anche

[144] In particolare, taluni hanno individuato nella volontà del designato debitore: *i*) un presupposto (G. Are, *Le obbligazioni ex lege dal punto di vista della sistematica delle fonti delle obbligazioni*, Napoli, 1915, p. 57, il quale parla dell'adizione dell'erede nei termini di un compimento o di un presupposto dell'obbligazione, curando di precisare che, seppure la volontà del testatore possa considerarsi fonte dell'obbligo incombente sull'istituito di pagare i debiti ereditarî (ciò che vale allo stesso modo per le obbligazioni testamentarie), tale vincolo è connesso alla qualità di erede «per virtù di legge»); *ii*) una condizione sospensiva (L. Cariota Ferrara, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, n. 62, pp. 121-122, spec. p. 122); *iii*) una concausa dell'efficacia del testamento (A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Camerino, 1979, ristampa inalterata di Milano, 1941-XIX, pp. 259-271, spec. p. 265, ove si discorre anche di coelemento accidentale, successivo al perfezionamento dell'atto); *iv*) una condizione risolutiva [G. Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, pp. 106, 122; in una prospettiva generale può consultarsi anche G. Benedetti, *Struttura della remissione (spunti per una dottrina del negozio unilaterale)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, pp. 1291-1317, spec. pp. 1311-1312]. Si v. anche S. Pugliatti, Sub *Artt. 193-194*, in *Comm. D'Amelio - Finzi,* Firenze, 1941-XIX, pp. 539-544, spec. p. 540, per il quale «… è vero che l'acquisto del titolo di erede presuppone l'accettazione…, ma non si può senz'altro dedurre che l'obbligo derivante dal *modus* apposto all'istituzione di erede abbia radice nel negozio di accettazione; che, insomma, questo negozio sia da considerare come fonte specifica ed immediata di quella obbligazione. Esso deve, se mai, considerarsi come *uno degli elementi* della fattispecie *acquisitiva* del titolo ereditario» (corsivi dell'Autore). Per la confutazione delle teorie che attribuiscono alla volontà dell'onerato un ruolo marginale con riguardo alla fattispecie costitutiva delle obbligazioni testamentarie, rinvio a G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., pp. 373-387.

[145] Tale assunto è condiviso, da ultimo, nelle riflessioni di E. Moscati, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, cit., p. 262.

[146] G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 367.

[147] Sul quale cfr. almeno G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, pp. 197-257, ove, peraltro, si argomenta la tesi della non necessarietà della presenza di un interesse creditorio per

di quanto emerge dall'ermeneutica della disposizione rafforzativa in termini di scopo perseguito dal *de cuius*.

l'esistenza di un valido rapporto di obbligazione (si v. le pp. 201-227, spec. le pp. 225-227).

Alberto Venturelli

Gli accordi di interpretazione del testamento

Sommario: 1. «Autorità private» e diritto testamentario – 2. Una recente decisione della Cassazione – 3. Accordo d'interpretazione e conferma ex art. 590 c.c. – 4. La portata imperativa dell'art. 625 c.c. nella delimitazione dell'ambito di operatività dell'accordo d'interpretazione – 5. Rapporti con l'accordo d'interpretazione del contratto – 6. Incidenza del principio autoritativo nell'individuazione dei soggetti legittimati al perfezionamento dell'accordo.

1. *«Autorità private» e diritto testamentario*

Nel volume che qui oggi ricordiamo, il richiamo alle «autorità private» indica sinteticamente fenomeni nei quali si dispiega il «potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni» e, conseguentemente, si riconosce una «soggezione ad altrui poteri decisionali di vario contenuto, che si estrinsecano anche in specifici atti dispositivi»[1].

La mancata disamina, nel volume stesso, di situazioni riconducibili all'area di operatività del diritto testamentario è dunque facilmente comprensibile, ponendo attenzione al fatto che l'autorità si contrappone all'autonomia privata perché è riscontrabile esclusivamente laddove i destinatari delle decisioni altrui non abbiano contribuito alla loro formazione o non abbiano avuto la possibilità di accettarne o respingerne gli esiti.

A tal stregua, la vicenda successoria regolata dal testamento non presenta una connotazione di matrice autoritativa, perlomeno finché sia considerata avuto esclusivo riguardo alla posizione dei soggetti indicati dalla disposizione testamentaria, le cui conseguenze non possono mai prodursi nelle sfere giuridiche diverse da quella del testatore senza la concorrente partecipazione delle loro volontà, chiamate a garantire il perfezionamento del procedimento successorio mediante l'accettazione espressa dell'istituzione ad erede o legittimate ad opporsi, tramite rifiuto,

[1] Così C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 4 s.

agli effetti esclusivamente favorevoli del legato[2].

La struttura unilaterale del testamento, in altri termini, non sortisce un'immediata incidenza obbligatoria sugli altri, anche nei casi in cui il suo contenuto si riveli idoneo a dar vita a fenomeni istituzionali nei quali il principio di autorità può successivamente operare: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla disposizione testamentaria istitutiva di un regolamento tra privati[3].

Ciò non toglie che nel testamento si possano individuare elementi di eteronomia, stante la sua idoneità a determinare la nascita di un «rapporto giuridico successorio» destinato a svolgersi tra soggetti diversi dall'autore dell'atto e a produrre nei loro confronti conseguenze non necessariamente favorevoli. Tale rilievo, tuttavia, mira esclusivamente a sintetizzare il fatto che eredi e legatari, una volta perfezionata la vicenda acquisitiva con l'atto conclusivo rimesso alla loro assoluta discrezionalità, dovranno sottostare alle

[2] Cfr. G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 174 s.; A. Trabucchi, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 62; in Aa. Vv., *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, IV, Napoli, 1972, p. 674; e in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica. Scritti di Alberto Trabucchi*, raccolti e ordinati da G. Cian e R. Pescara, Padova, 1988, p. 614; G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato. Il problema dei c.d. legati atipici*, Milano, 1990, p. 21 ss.; Id., *L'acquisto del legato*, in *La successione testamentaria*, in *Tratt. Bonilini*, II, Milano, 2009, p. 611 ss., spec. p. 614 s.; V. Barba, *La posizione giuridica del chiamato rinunciante*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, p. 869 ss.; Id., *La rinunzia all'eredità*, Milano, 2008, spec. p. 10 ss.; S. Pagliantini, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, in Id., *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi*, Napoli, 2016, p. 15 ss. (da cui le successive citazioni); e in Aa. Vv., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, p. 121 ss.; e, con più ampio riferimento alla regolamentazione positiva delle modalità di accettare l'eredità o di non rifiutare il legato e alla possibilità che i chiamati rinuncino espressamente a far valere il testamento, V. Sciarrino, M. Ruvolo, Sub *Art. 519*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2008, p. 70 ss.; C. Romeo, *L'accettazione dell'eredità*, in *La successione ereditaria,* in *Tratt. Bonilini*, I, Milano, 2009, p. 1202 ss.; C. Coppola, *La rinunzia all'eredità*, *ibidem*, p. 1527 ss.; A. Natale, *La rinunzia (traslativa) dei coeredi a far valere le disposizioni testamentarie e il patto di non dare esecuzione al testamento in favore della successione legittima*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, p. 520 ss.; G. Perlingieri, *L'accettazione dell'eredità dei cc.dd. chiamati non delati*, *ivi*, p. 497 ss.; Id., *L'acquisto dell'eredità*, in R. Calvo, Id. (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, 2ª ed., I, Napoli, 2015, p. 206 ss.; Id., *Possesso, rinunzia e acquisto* ex lege *dell'eredità*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, p. 503 ss.

[3] Cfr. S. Romano, *Autonomia privata. (Appunti)*, Milano, 1957, p. 121 s.; in *Studi in onore di Francesco Messineo per il suo XXXV anno d'insegnamento*, I, Milano, 1959, p. 458 s.; e in Id., *Scritti minori*, II, Milano, 1980, p. 628 s.; G. Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959, p. 144 ss., spec. p. 147 s.; E. del Prato, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, p. 13 ss., p. 59 s. e p. 482 ss.; A. Orestano, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000, p. 21 s.

intenzioni del *de cuius*, manifestate nel rispetto dei rigorosi requisiti formali disposti a tal fine dalla legge, a nulla rilevando che tali intenzioni s'ispirino a bisogni e interessi a loro estranei[4].

La costante affermazione dell'insussistenza, nell'interpretazione del testamento, del principio volto a proteggere l'affidamento indotto dalla sua formulazione induce a concludere che la regolamentazione positiva dell'atto

[4] Cfr. P. Rescigno, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 136, p. 148 s., p. 202 e p. 204 ss.; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 103, p. 129, p. 167 s. e p. 204; A. Liserre, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 155 ss., spec. p. 181; Id., *Quid novi in tema di successioni mortis causa?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 13 s.; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 64 s.; N. Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, p. 17 s. e p. 181 ss., spec. p. 188 s.; N. Lipari, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, spec. p. 110 ss.; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, II, 3ª ed., in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 87 s.; M. Dogliotti, voce *Successioni testamentarie*, in *Dig. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 195; F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, 2ª ed., Milano, 2002, p. 524 s.; V. Cuffaro, *Delle successioni*, II, *Artt. 565-712*, in V. Cuffaro, Sub *Art. 587*, in Id., F. Delfini (a cura di), *Delle successioni*, II, *Artt. 565-712,* in *Comm. c.c. Gabrielli*, Torino, 2010, p. 152 ss. Ma, in senso parzialmente critico verso il richiamo all'eteronomia, stante la piena corrispondenza degli effetti alla manifestazione di volontà del *de cuius*, cfr. D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 74 s.; A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 267 s., nota 73; F. Santoro-Passarelli, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 191 s.; e in Id., *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, p. 588 s.; G. Oppo, *Note sull'istituzione di non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 68 ss.; e in Id., *Scritti giuridici*, V, *Persone e famiglia*, Padova, 1992, p. 120 ss.; M. Bin, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, p. 149 s.; E. Perego, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, p. 116 s.; C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 193 s.; V. Scalisi, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 30 s.; A. Marini, *Il modus come elemento accidentale del negozio giuridico*, Milano, 1976, p. 13 s.; L. Bigliazzi Geri, *Profilo negoziale dell'atto*, *Il testamento*, I, Milano, 1976, p. 35 ss.; Id., *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 48 s.; L. Cariota Ferrara, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, p. 79 s. e p. 180 s.; G. Benedetti, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2ª ed., Napoli, 1997, p. 16 s.; D. Russo, *La diseredazione*, Torino, 1998, p. 63 ss.; S. Pagliantini, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000, p. 45 ss., spec. p. 61 s.; S. Delle Monache, *Testamento. Disposizioni generali*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2005, p. 31 ss., spec. 45 s.; F. Sangermano, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, Milano, 2011, p. 11 ss.; F. Gerbo, *L'institutio ex re certa. Contributo per una rilettura critica degli artt. 457 e 588 del codice civile*, Milano, 2011, p. 91 ss.; M. Tatarano, *La diseredazione. Profili evolutivi*, Napoli, 2012, p. 53 ss.; P. Laghi, *La clausola di diseredazione: da disposizione «afflittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Napoli, 2013, p. 9 ss.

in esame offre protezione solo all'intento empirico del testatore, per la ricostruzione del quale è dunque necessario affidarsi alla regola conservativa che, in modo più pervasivo di quanto riscontrabile in ambito contrattuale, consente di superare i dubbi eventualmente connessi all'applicazione del canone letterale nel senso più favorevole all'emersione della «reale» intenzione del testatore[5].

[5] Cfr. M. Allara, *Il testamento. I) Il testatore. II) La volontà testamentaria e sua manifestazione*, Padova, 1936, p. 146 s.; Id., *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1952, p. 164 ss.; G. Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 141 ss.; e in Id., *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, cit., p. 137 ss. (da cui la successiva citazione); A. Torrente, *In tema d'interpretazione della volontà testamentaria*, in *Giur. comp. dir. civ.*, (10) 1946, p. 141 s.; A. de Cupis, *Il principio di conservazione nella interpretazione dei testamenti*, in *Dir. giur.*, 1947, p. 81 ss.; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 738 s., testo e nota 16; A. Trabucchi, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 701 s.; e in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica*, cit., p. 585 s. (da cui le successive citazioni); A. Cicu, *Testamento*, 2ª ed., Milano, 1951, p. 119; P. Rescigno, *Interpretazione del testamento,* cit., p. 8 s., p. 22 ss., p. 44 ss., p. 95 ss., p. 141 ss. e p. 200 ss.; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 2ª ed., III, Milano, 1952, p. 225 s.; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà,* cit., p. 159 ss.; P. Trimarchi, *Interpretazione del testamento mediante elementi ad esso estranei*, in *Giur. it.*, 1956, I, c. 448 ss.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. 2ª ed. (1960), Napoli, 2002, p. 347 s.; Id., in G. Crifò (a cura di), *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2ª ed., Milano, 1971, p. 393 ss. e p. 423 s.; C. Grassetti, voce *Interpretazione dei negozi «mortis causa»*, in *Noviss. D. I.*, VIII, Torino, 1962, p. 907 s.; G. Stella Richter, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 422 s.; G. Cian, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 70 ss.; E. Perego, *Favor legis e testamento,* cit., p. 234 ss.; V. Scalisi, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente,* cit., p. 218 ss. e p. 232 ss.; C. Giannattasio, *Delle successioni testamentarie*, 2ª ed., in *Commentario del codice civile*, II, 2, Torino, 1978, p. 13 ss.; G. Branca, *Dei testamenti ordinari*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1986, p. 48 s.; E. del Prato, *I regolamenti privati,* cit., p. 482 s.; M. Giorgianni, voce *Volontà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1067; e in Id., *Raccolta di scritti. Itinerari giuridici tra pagine classiche e recenti contributi*, Padova, 1996, p. 334 s.; G. Baralis, *L'interpretazione del testamento*, in P. Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 942 s.; N. Irti, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 c.c.*, Padova, 1996, p. 135 s.; A. Rizzi, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano, 2002, p. 426 s.; M.C. Tatarano, *Il testamento*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.*, VIII, 3, Napoli, 2003, p. 91 ss.; U. Vincenti, *L'interpretazione della volontà testamentaria*, in Id., (a cura di) U. Vincenti , *La ricostruzione della volontà testamentaria. Il contenuto, i vizi, la simulazione, l'interpretazione*, Padova, 2005, p. 399 ss.; S. Delle Monache, *Testamento. Disposizioni generali,* cit., p. 180 ss.; F. Sangermano, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, cit., p. 196 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, II, 2, *Le successioni*,

2. *Una recente decisione della Cassazione*

Ad esiti sensibilmente diversi in ordine all'incidenza del principio autoritativo in materia testamentaria sembrerebbe tuttavia possibile pervenire ove si portasse a coerente compimento alcuni passaggi argomentativi indotti dalla lettura di una recente sentenza della Cassazione, che ha riconosciuto la liceità e vincolatività dell'accordo diretto ad individuare i beni oggetto del lascito testamentario che risultino ambiguamente descritti dalla formulazione letterale della scheda. Secondo il giudice di legittimità, tale accordo, ove perfezionato da tutti i soggetti menzionati dalla disposizione, comporterebbe un'interpretazione vincolante di quest'ultima che, eliminando lo stato di incertezza indotto dal richiamo, in via esclusiva, al canone letterale, assumerebbe i contorni di un negozio di accertamento idoneo a precludere ai suoi autori la possibilità di interpretazioni difformi[6].

5ª ed., Milano, 2015, p. 270 s. e, in giurisprudenza, a titolo meramente esemplificativo, Cass., 29 settembre 2000, n. 12950, in *Riv. giur. ed.*, 2001, I, p. 160 ss.; Cass., 19 marzo 2001, n. 3940, in *Giur. it.*, 2002, p. 733 ss.; Cass., 27 marzo 2002, n. 4372, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Successione ereditaria*, n. 69; Cass., 7 luglio 2004, n. 12477, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 699 ss.; Cass., 22 luglio 2004, n. 13785, *ivi*, p. 2691 ss.; Cass., 16 febbraio 2005, n. 3099, *ivi*, 2006, I, p. 1877 ss.; e in *Riv. not.*, 2006, p. 233 ss.; Cass., 19 ottobre 2005, n. 20204, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce cit., n. 106; Cass., 29 gennaio 2007, n. 1789, in *Riv. not.*, 2008, p. 453 ss.; Cass., 3 dicembre 2010, n. 24637, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 354 ss.; Cass., 28 luglio 2015, n. 15931, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce cit., n. 110.

[6] Cfr. Cass., 20 ottobre 2014, n. 22183, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Successione ereditaria*, n. 120, la quale esprime un principio di diritto conforme – ancorché non identico – a quello deducibile da Cass., 3 gennaio 2011, n. 72, in *Foro it.*, 2012, I, c. 240 ss.; e in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2830 ss., che ha confermato la pronuncia di merito che aveva ritenuto lecita e vincolante una scrittura privata con cui la persona istituita legataria in virtù di due testamenti olografi redatti dai coniugi che aveva accudito per diversi anni, riconosceva la loro inefficacia per via delle cancellature sui medesimi apposte, accettando altresì la ricezione – da parte degli eredi *ab intestato* – di una somma di denaro a titolo di compenso per l'assistenza prestata ai testatori. Tale scrittura, infatti, rappresenterebbe una valida transazione, finalizzata a prevenire l'insorgenza di una lite sulla validità dei testamenti. Anche nel caso deciso da quest'ultima pronuncia, dunque, si era di fatto perfezionato un accordo diretto ad interpretare la manifestazione di volontà del *de cuius*, ma esso –stante la presenza delle reciproche concessioni – aveva assunto contorni transattivi, sicché il giudice – dando per scontata la piena liceità del contratto – si era limitato ad applicare gli artt. 1965 ss. c.c., senza dedicare particolare attenzione alla funzione preclusiva dell'accertamento convenzionale, enunciata in termini più chiari e precisi solo dalla pronuncia più recente. In termini sostanzialmente identici a quelli indicati dal giudice italiano si esprime anche la giurisprudenza tedesca, che ha avuto modo di occuparsi del tema da molto più tempo: cfr. BGH, 22 gennaio 1986, n. IVa ZR 90/84, in *NJW*, 1986, p. 1812 ss.; in *JR*, 1986, p. 373 ss., con nota di J. Damrau; e in *DNotZ*, 1987, p. 109 ss.,

Muovendosi nella direzione tracciata dalla pronuncia, non si è mancato di evidenziare, in dottrina, la possibilità che l'accordo in esame, proprio perché ancorato esclusivamente alla sussistenza di un'ambigua descrizione letterale dell'oggetto del lascito e poco sensibile all'incidenza del principio conservativo, si faccia portatore di interessi estranei a quelli del testatore, le cui determinazioni sarebbero dunque assoggettabili ad un intervento di chiara matrice autoritativa, in quanto destinato a dispiegare i suoi effetti senza la materiale possibilità di un'opposizione del testatore stesso[7].

Non è difficile scorgere il presupposto dal quale prende le mosse tale rilievo.

Un costante orientamento giurisprudenziale sottolinea infatti che, a fronte del valido perfezionamento di un negozio di accertamento, il giudice è legittimato a ritenere definitivamente superata la situazione di incertezza in esso rappresentata, dovendo solo far discendere dal titolo del rapporto accertato - e non dal negozio stesso - la fonte degli obblighi imposti alle parti[8] e parte della dottrina ha concluso che, così argomentando, l'effetto preclusivo riguarderebbe anche il giudice, chiamato solo a verificare l'esistenza dell'accertamento, prendendo atto di quanto in esso dichiarato[9].

con nota di R. Cieslar; BGH, 6 marzo 1991, n. IV ZR 114/89, in *BGHZ*, (114) 1991, p. 16 ss.; e in *NJW*, 1991, p. 1736 s.; BFH, 25 agosto 1998, n. II B 45/98, in *BFHNV*, 1999, p. 313 ss.; BFH, 19 settembre 2000, n. II B 10/00, *ivi*, 2001, p. 163 s.; BFH, 26 febbraio 2008, n. II ZR 82/05, in *ZEV*, 2008, p. 302, con nota di F. Schuck.

[7] Cfr. S. Pagliantini, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, cit., p. 51 ss., spec. p. 56 s. e p. 60, in parziale dissenso con l'opinione incondizionatamente favorevole all'assunto della Cassazione espressa da P. Criscuoli, *Negozio di accertamento e volontà del testatore*, in *Imm. propr.*, 2015, p. 315 ss., spec. p. 317, p. 320 e p. 322.

[8] Cfr. Cass., 23 dicembre 1987, n. 9625, in *Corr. giur.*, 1988, p. 253 ss., con nota di V. Mariconda; Trib. Messina, 19 gennaio 1991, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1611 ss., con nota di M. Samperi, *Negozio di accertamento e trasferimento di diritti reali*; Pret. Brindisi, 4 marzo 1997, in *Giur. mer.*, 1997, p. 929 ss., con nota di L. Solaini, *Le dichiarazioni di accertamento dei diritti: profili sostanziali e processuali*; Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2456 ss., con nota di E. Brunetti, *Sul negozio di accertamento*; Cass., 20 maggio 2004, n. 9651, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 283; Cass., 17 settembre 2004, n. 18737, ivi, voce *Transazione*, n. 3; Trib. Genova, 5 gennaio 2008, in *Foro pad.*, 2009, I, c. 657 ss., con nota di A. Sirotti Gaudenzi, *Brevi note sulla rilevabilità d'ufficio del negozio giuridico concluso tra enti pubblici*; nonché App. Torino, 18 settembre 2009; Cass., 9 dicembre 2015, n. 24848, entrambe in *De jure*. Ma cfr. anche Cass., 23 agosto 1991, n. 9047, in *Corr. trib.*, 1991, p. 2759 ss., che ammette la possibilità che il negozio di accertamento innovi la situazione incerta, divenendo esso stesso fonte del rapporto obbligatorio.

[9] Cfr. M. Fornaciari, *Il negozio di accertamento*, in E. Gabrielli, F. P. Luiso (a cura di) *I contratti di composizione delle liti*, IV, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2005, p. 54 ss.; E. Minervini, *Il negozio di accertamento*, in L. Ruggeri, Id., *Contratti*

La riproposizione di identica conclusione in ambito successorio potrebbe dunque impedire ulteriori verifiche in ordine alla conformità dell'accordo d'interpretazione alla «reale» intenzione del testatore, destinata a cedere il passo ad un'opposta determinazione dei contraenti.

Una più attenta analisi del caso affrontato dalla pronuncia, tuttavia, impone di precisare che questo sviluppo argomentativo non costituisce esito ermeneutico ineludibilmente correlato alla reale portata precettiva della decisione della Cassazione.

Nel 1977, infatti, i due figli della testatrice si erano recati da un notaio chiedendo la pubblicazione di uno scritto privo di data e di sottoscrizione nel quale la madre, morta nel 1969, attribuiva loro la proprietà di due immobili ad essa appartenuti, disponendo di dare ad uno dei figli «il campo di sopra con casa più grande» e all'altra figlia «quella più piccola e campo sotto». All'atto della pubblicazione, i figli dichiaravano di voler dare conferma *ex* art. 590 c.c. a questa disposizione testamentaria e sottoscrivevano, ai fini di trascrizione, un atto di identificazione degli immobili indicati nella scheda nel quale specificavano di voler intendere come casa «più piccola» un'unità immobiliare (composta da un ripostiglio con un giardinetto) che, dal punto di vista catastale, pur formando oggetto di una particella autonoma, era unita all'immobile più grande, attribuito al fratello. Quest'ultimo, tuttavia, aveva continuato ad utilizzare in via esclusiva il ripostiglio fino a quando - nel 1992 - la sorella aveva deciso di agire giudizialmente per ottenere il rilascio del bene.

Il Tribunale aveva dato ragione al convenuto, evidenziando che le indicazioni catastali attesterebbero che il bene da lui trattenuto è compreso nella «casa più grande» evocata dal testamento, ma la Corte d'appello, in accoglimento del gravame proposto dalla sorella, aveva posto l'accento sul superamento dello stato di incertezza assicurato dal perfezionamento dell'accordo di interpretazione per concludere che il contegno tenuto dal fratello, assumendo i contorni dell'inadempimento di tale accordo, non avrebbe potuto neppure essere considerato idoneo a far maturare l'usucapione, perché non è sufficiente a sancire il passaggio dalla mera detenzione ad uno stato di possesso vero e proprio.

Il giudice di legittimità conferma la sentenza di secondo grado richiamando una pronuncia del 2012, nella quale aveva già ribadito - peraltro con esclusivo riferimento ad un accordo diretto ad interpretare un precedente contratto - che il presupposto di un negozio di accertamento è

transattivi e negozi di accertamento, in *Tratt. dir. civ. C.N.N*, XXXIV, Napoli, 2016, p. 191 ss. (opera recensita da F. La Fata, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 744 ss.); e, per una serrata critica di questa conclusione, A. Gentili, *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1367 ss.

rappresentato dallo stato di incertezza circa l'esistenza o il contenuto di una o più situazioni giuridiche soggettive e che la nullità di tale atto potrebbe essere fatta discendere esclusivamente dalla prova dell'inesistenza della situazione controversa o della certezza di quest'ultima, impropriamente considerata ambigua[10]. Tali situazioni non sarebbero riscontrabili nel caso in esame, perché il semplice richiamo delle risultanze catastali non avrebbe assicurato alla disposizione testamentaria un senso compiuto. Solo la manifestazione della concorde intenzione di superare l'oggettiva incertezza della scheda avrebbe garantito il perseguimento di una funzione di accertamento, idonea a rendere irrevocabile e vincolante la relativa interpretazione.

Poiché una causa di nullità del contratto è rilevabile d'ufficio senza alcuna limitazione[11], dall'apparato argomentativo appena riportato non

[10] Cfr. Cass., 24 agosto 2012, n. 14618, in *Not.*, 2013, p. 395 ss., con nota di P.E. Merlino, *La «in iure cessio» in forma extraprocessuale: brevi note sul negozio di accertamento dei diritti reali*, la quale si limita a riproporre quanto già teorizzato, per qualunque negozio di accertamento, da R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della R. Università di Messina*, (VII) 1934-1935, p. 125 ss.; e in Id., *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 424 ss.; M. Giorgianni, *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, p. 38 ss. e p. 101 ss.; Id., voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 238 s.; G. Doria, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, p. 140 s.; S. Ruperto, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, p. 74 ss.; M. Fornaciari, *Il negozio di accertamento,* cit., p. 56 ss.; G. Bonilini, *Sul riconoscimento di diritti reali*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, p. 940 s.; E. Minervini, *Il negozio di accertamento,* cit., p. 208 s.; Cass., 6 dicembre 1979, n. 6332, in *Arch. civ.*, 1980, p. 465; Cass., 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Foro it.*, 1985, I, c. 238 ss.; Cass., 23 marzo 1996, n. 2611, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Contratto in genere*, n. 208; Trib. Catania, 4 settembre 2000, in *Dir. fam.*, 2001, p. 1032 ss.; e in *Giur. mer.*, 2001, p. 932 ss.

[11] È appena il caso di rinviare ai numerosi commenti che hanno accompagnato Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Giur. it.*, 2015, p. 70 ss. (s.m.), con nota di I. Pagni, *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni unite*; in *Corr. giur.*, 2015, p. 88 ss. (s.m.), con nota di V. Carbone, *«Porte aperte» delle Sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*; in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 970 ss., con nota di L. Delli Priscoli, *Rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, contraente «debole» e tutela del mercato*; in *Contr.*, 2015, p. 113 ss. (s.m.), con nota di S. Pagliantini, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione … a mo' di bussola per rivedere Itaca*; e in *Giusto proc. civ.*, 2015, 137 ss. (s.m.), con nota dello stesso S. Pagliantini, *«Parigi val bene una messa»? le Sezioni unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*. La prima sentenza può altresì leggersi in *Foro it.*, 2015, I, c. 862 ss., con note di A. Palmieri, R. Pardolesi, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; F. di Ciommo, *La rilevabilità d'ufficio* ex *art. 1421 c.c. secondo le Sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; S. Pagliantini, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris»?*; e S. Menchini, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto*

si può evincere che il giudice abbia - sia pure implicitamente - escluso la possibilità di verificare la conformità dell'interpretazione proposta nell'accordo a quella desumibile dall'impiego degli ordinari canoni ermeneutici: più semplicemente, egli ha lasciato intendere che, nel caso in esame, l'interpretazione letterale non avrebbe portato ad esiti tranquillizzanti in ordine all'univocità dell'intenzione espressa dalla testatrice, senza prendere alcuna posizione in ordine all'incidenza del principio conservativo, che si è assunto puntualmente rispettato dall'accordo reso davanti al notaio[12].

giuridico scaturito dal contratto; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 299 ss., con nota di N. Rizzo, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*; in *Danno e resp.*, 2015, p. 592 ss., con note di R. Fornasari, *Il rilievo officioso della nullità: un presidio a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento*; e P. Laghezza, *Declaratoria ufficiosa della nullità del contratto e Sezioni unite 2.0: il giudicato implicito*; e in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1560 ss., con nota di A. Giussani, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni unite*. La seconda sentenza, invece, è altresì edita in *Banca borsa*, 2015, II, p. 113 ss. Al tema hanno dedicato attenzione anche G. Filanti, *La rilevabilità d'ufficio della nullità e la mancanza degli elementi costitutivi del contratto*, in *Pers. e merc.*, 2014, p. 107 ss.; M. Bove, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1387 ss.; C. Consolo, F. Godio, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 225 ss.; e in C. Consolo, *Passeggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale*, Torino, 2016, p. 107 ss.; C. Scognamiglio, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni unite ed il rilievo officioso della nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 197 ss.; e in G. Gitti, F. Delfini, D. Maffeis (a cura di), *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, Milano, 2015, p. 2775 ss.; A. Cataudella, *Il giudice e le nullità*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 667 ss.; L. Galanti, *Nullità contrattuale tra giudicato esterno e giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1359 ss.; nonché lo stesso S. Pagliantini, *Spigolando a margine di Cass., 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Pers. e merc.*, 2014, p. 213 ss.; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 185 ss.; e, con più specifico riferimento alle conseguenze di un'applicazione incondizionata dell'art. 1421 c.c. in ambito successorio, A. Sassi, *Nullità testamentarie sostanziali e disposizioni a favore del creditore*, in M. Pennasilico (a cura di), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, 2012, p. 1295 ss.; S. Pagliantini, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, cit., p. 25 ss. e p. 69 ss.

[12] Cfr., ancorché con riferimento ad un caso diverso da quello esaminato dalla Cassazione, S. Delle Monache, *Accertamento negoziale e conferma di disposizioni testamentarie nulle*, in *Riv. not.*, 2014, p. 406 s. Si oppone, invece, alla generalizzazione di tale conclusione a qualunque negozio di accertamento E. del Prato, *Gli strumenti contrattuali di negoziazione della lite: tratti di incidenza della dottrina sulla giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 180 s. (da cui la successiva citazione); e in C. Perlingieri, L. Ruggeri (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 253 s., secondo cui la nullità per assenza di causa del negozio di accertamento è prospettabile solo «quando il contratto è volto a confermare uno o più profili di un rapporto il cui titolo è dato per presupposto, costituendone la causa esterna. Qui, ma solo qui, la mancanza di tale titolo rende l'accertamento inutile, perché privo del fondamento su cui dovrebbe poggiare… Non altrettanto, invece, può dirsi quando l'accertamento negoziale investa

È pur vero che, nella parte finale della sentenza, il richiamo all'eventuale nullità per assenza di causa è smentito dal riconoscimento dell'annullabilità per vizi del volere[13].

Dopo aver evidenziato che «i fratelli avevano…posto in essere un negozio di accertamento, allo scopo di superare le incertezze derivanti dalla formulazione delle disposizioni testamentarie e assegnarsi reciprocamente la proprietà esclusiva dei beni lasciati dalla *de cuius*», la Cassazione aggiunge che «l'accertamento cosi compiuto aveva consentito di dare attuazione al testamento, che costituiva il titolo di acquisto della proprietà», sicché «eventuali errori che avessero segnato tale ricognizione… avrebbero dovuto essere fatti valere attraverso il rimedio dell'azione generale di annullamento»[14].

Per cogliere appieno la portata precettiva dell'inciso appena riportato, invero, conviene evidenziare che, nel caso in esame, il rimedio evocato dalla Cassazione non avrebbe più potuto essere esercitato per il decorso della prescrizione e per la mancata, tempestiva, proposizione della relativa eccezione nei gradi di merito della causa e ciò autorizza a degradare il

il titolo stesso. Qui la tesi che il contratto non sia idoneo a surrogarlo indurrebbe la conseguenza che il contratto di accertamento non ha causa interna né, dunque, efficienza diversa da una ricognizione di debito (art. 1988 c.c.). Quindi anche il ricorso al rimedio della nullità sarebbe incongruo, perché presuppone comunque qualche attitudine dispositiva». Come si cercherà di dimostrare nel testo, tuttavia, l'estensione di questi rilievi all'accordo d'interpretazione del testamento incontra alcuni ostacoli nella regolamentazione positiva dell'atto di ultima volontà, che presenta disposizioni imperative che il negozio di accertamento non può derogare. La sua nullità, dunque, nel caso di difformità rispetto alla «reale» intenzione del testatore non dipende in via esclusiva dall'assenza dell'incertezza, ma costituisce ineludibile approdo di una più attenta valutazione della regolamentazione dedicata all'interpretazione del testamento.

[13] Trattasi, con tutta probabilità, dell'ennesima manifestazione giurisprudenziale della difficoltà di attribuire contorni applicativi al dogma di immutabilità dell'accertamento già denunciato da G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, spec. p. 114 ss., anche se non si può escludere che la sentenza abbia inteso aderire all'orientamento espresso in dottrina da M. Giorgianni, voce *Accertamento*, cit., p. 240; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 437 s.; M. Segni, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 262 s.; E. Paolini, *Il contratto di accertamento*, Padova, 1997, p. 150 ss.; G. Doria, *I negozi sull'effetto giuridico,* cit., p. 171 ss.; S. D'Andrea, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 47 s., nota 37, secondo i quali al negozio di accertamento dovrebbe applicarsi, in via analogica, la disciplina prevista per l'impugnazione per errore della transazione, con conseguente impossibilità di attribuire rilievo alla mera valutazione erronea dell'incertezza che ha indotto le parti alla stipulazione del contratto, stante la necessità di riconoscere come «essenziale» esclusivamente l'errore sull'esistenza della situazione incerta, a nulla rilevando che, in questo modo, si trasferisca sul piano dei vizi della volontà una circostanza potenzialmente valutabile come idonea a sancire l'assenza di causa.

[14] Così Cass., 20 ottobre 2014, n. 22183, cit.

passaggio argomentativo in esame a mero *obiter dictum*, inidoneo a smentire il precedente richiamo alla nullità.

Resta il fatto che, ove si dovesse accettare l'idea secondo cui l'eventuale difformità tra l'interpretazione prospettata nell'accordo e quella deducibile dall'impiego degli ordinari canoni ermeneutici possa costituire solo oggetto di una pretesa diretta all'annullamento dell'accordo stesso, il giudice perderebbe la possibilità di rilevare il problema d'ufficio e ciò potrebbe effettivamente rafforzare la tesi secondo la quale un'eventuale divergenza in ordine all'esistenza e alla portata ermeneutica del dubbio nella ricostruzione del *dictum* testamentario sia superabile dal valido perfezionamento del contratto, a nulla rilevando che quest'ultimo non attui la «reale» intenzione del testatore.

In senso contrario a questa conclusione, occorre tuttavia ricordare che, nel caso in esame, le parti avevano realizzato una conferma *ex* art. 590 c.c.

Ciò avrebbe dovuto indurre il giudice a precisare che l'effetto attributivo, che ha garantito al fratello l'acquisto della proprietà dell'immobile senza il ripostiglio e alla sorella l'acquisto di quest'ultimo, era stato determinato proprio e solo dalla conferma, non potendo in alcun modo essere collegabile al testamento, il quale presentava un vizio formale così rilevante da essere completamente inefficace, indipendentemente dalla ricostruzione ermeneutica del suo contenuto[15].

[15] Il riconoscimento della portata dispositiva della conferma costituisce elemento centrale della tesi di F. Gazzoni, *Il negozio di conferma della donazione nulla e la sua forma*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, p. 313 ss.; Id., *La giustificazione causale del negozio attributivo di conferma*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 269 ss.; Id., *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 73 ss., p. 141 ss. e p. 207 ss., puntualmente ripresa ed accolta da M. Labriola, *La conferma delle disposizioni testamentarie nulle*, in *Not.*, 2014, p. 509 ss.; Id., *La conferma del testamento nullo: vizi formali e vizi sostanziali*, in F. Volpe (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologia*, Napoli, 2015, p. 70 ss.; nonché, sia pure all'esito di una valutazione maggiormente critica di alcuni passaggi argomentativi, da G. Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 243 ss., spec. p. 247 s., p. 263 e p. 274 s., il quale, pur contestando la riconduzione della conferma al negozio unilaterale soggetto a rifiuto, conclude che, stante l'impossibilità di far discendere dall'atto nullo l'effetto attributivo, alla conferma bisognerebbe riconoscere un'efficacia strumentale, cioè l'idoneità a costituire in capo al beneficiario «poteri il cui esercizio soltanto può provocare un effettivo incremento della sua sfera giuridica». L'attribuzione di valore costitutivo alla conferma, puntualmente evidenziata anche da F. Addis, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, p. 97 ss., spec. p. 100 s., non sembra possa essere contestata ponendo l'accento sulla funzione «sanante» della conferma stessa, come fanno, ad esempio, L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, I, cit., p. 350 s.; Ead., *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 153; S. Delle Monache, *Testamento*, cit., p. 258 ss.; M. Franzoni, *La conferma del testamento invalido*, in *Trattato Bonilini*, II, cit., p. 1607 ss.; S. Pagliantini, S. Brandani, Sub *Art. 591*, in V. Cuffaro, F. Delfini (a cura di), *Delle successioni*, II, *Art. 565 - 712*, in

Poiché per confermare bisogna ineludibilmente rappresentarsi i contenuti dell'atto confermato, posto che, altrimenti, il negozio realizzato non è più una conferma, bensì un puro atto attributivo privo di giustificazione[16], la causa della vicenda traslativa avrebbe dovuto essere correlata alla manifestazione –resa unilateralmente da ciascun confermante– dell'intenzione di dare attuazione alla volontà della testatrice, così da concludere che il fratello, manifestando la sua intenzione di confermare, aveva altresì accettato che le risultanze catastali non fossero state contemplate dalla madre al momento della formulazione della scheda.

Ammesso e non concesso che tale circostanza abbia assunto un ruolo determinante nella volizione finale, un'eventuale falsa rappresentazione della stessa avrebbe potuto essere intesa come causa di annullamento anziché di nullità solo con riferimento alla conferma e purché naturalmente fossero stati integrati i requisiti di essenzialità indicati dall'art. 1429 c.c., senza alcuna possibilità di estendere identico rilievo all'accordo d'interpretazione, il quale, a differenza della conferma, dà per scontata l'esistenza della

Comm. c.c. Gabrielli, Torino, 2010, p. 191 s. Se infatti la conferma opera esclusivamente nei confronti del confermante, senza precludere agli altri legittimati la possibilità di far valere l'invalidità della disposizione, riconoscere all'atto la capacità di superare la causa di inefficacia comporta esclusivamente la necessità di collegare l'effetto dispositivo ad una combinazione di elementi causali, cioè ad una fattispecie complessa, che non altera la sua idoneità attributiva: cfr. M. Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, p. 280 ss.; R. Caprioli, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985, p. 125 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, II, 2, *Le successioni*, cit., p. 383 s.

[16] Cfr. F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 18 s. e p. 208 ss., spec. p. 218 s.; nonché G. Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico,* cit., p. 257 ss., spec. p. 260 e p. 262, il quale, aderendo alle posizioni di P. Rescigno, *Interpretazione del testamento,* cit., p. 80; E. Perego, *Favor legis e testamento,* cit., p. 114 s., evidenzia che «viene rimesso all'apprezzamento dei controinteressati all'efficacia della disposizione e della donazione nulle stabilire se queste rispondono» alla volontà del disponente, la quale «non ha rilievo autonomo ma, passando attraverso il diaframma costituito da quell'apprezzamento, in esso resta assorbita. Ciò che importa, in definitiva, non è tanto l'esistenza di tale volontà, quanto piuttosto che i controinteressati alla validità della disposizione o della donazione considerino questi atti ad essa rispondenti», sicché «il legislatore, al fine di consentire che la "volontà" del defunto sia rispettata… segue la via che consente nella maggiore misura possibile la realizzazione di quel fine: offrire a coloro che hanno interesse contrario all'efficacia degli atti in parola la possibilità di dare a questi esecuzione nonostante la nullità. A tali soggetti è consentito uniformarsi a quella che essi considerano insindacabilmente la vera (psicologica) volontà del defunto». In questa prospettiva, all'intento attributivo si affianca una specifica componente rappresentativo-accertativa volta alla dichiarazione dell'esistenza dell'atto invalido e all'individuazione dell'intento che aveva animato la sua realizzazione.

situazione giuridica incerta e dunque è affetto da nullità ove, in realtà, il suo oggetto si riveli diverso.

L'identificazione catastale del bene, peraltro, non costituisce un elemento necessario per la sua determinazione ed è solo richiesta a fini pubblicitari, cioè quale condizione formale per trascrivere un atto che si assume aver già prodotto i suoi effetti tra le parti e che è reso opponibile a terzi dalla realizzazione della formalità pubblicitaria[17].

Per indicare univocamente un bene, in altri termini, non vi è alcun bisogno di segnalarne i dati catastali, né, tantomeno, di limitare l'indicazione ad una singola particella catastale, ben potendosi attribuire a soggetti diversi beni indicati nella medesima particella, sicché è facile accorgersi che, in tutta la vicenda esaminata, è mancata una reale dimostrazione del vero e proprio *thema decidendum*, cioè dell'incertezza nella ricostruzione semantica della disposizione testamentaria.

Anche laddove si assuma provato che, applicando in modo rigoroso le indicazioni catastali, non vi fosse alcuno spazio per individuare una casa «più piccola», ciò non rende automaticamente incerta l'interpretazione della scheda, ma rappresenta solo un ostacolo alla sua esecuzione, perché potrebbe condurre a ritenere la disposizione realizzabile solo limitatamente alla parte in cui attribuiva alla figlia della testatrice il «campo sotto».

Siffatto esito ermeneutico avrebbe inspiegabilmente sacrificato l'intenzione della testatrice di collegare all'attribuzione del campo il riconoscimento a favore della figlia di uno spazio funzionale all'esecuzione delle attività nel campo stesso e, poiché solo il ripostiglio avrebbe permesso di soddisfare tale esigenza, ciò autorizza ad escludere ogni difformità tra

[17] Cfr. S. Pugliatti, *La trascrizione*, I, *La pubblicità in generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo.*, XIV, 1, Milano, 1957, p. 274 ss.; e in Id., *Scritti giuridici*, III, *1948-1957*, Milano, 2011, p. 1418 ss.; A. Auricchio, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, p. 17 ss.; G. Piazza, *L'identificazione del soggetto del negozio giuridico*, Napoli, 1968, p. 164 ss.; L. Ricca, voce *Individuazione*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 172; O.T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 84 ss.; A.M. Galoppini, *L'individuazione catastale dei beni immobili: problemi giuridici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 596 ss.; E. Gabrielli, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, p. 142 ss.; M. Tagliapietra, *L'individuazione giuridica dei beni immobili*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 21 ss.; G. Petrelli, *L'individuazione dei beni immobili nel pensiero di Alberto Auricchio e nell'evoluzione successiva del sistema*, in *Riv. not.*, 2016, p. 257 ss.; Id., *Brevi note sul problema dell'identificazione dei beni immobili*, ivi, p. 403 ss.; e, con più ampio riferimento all'efficacia della trascrizione degli atti *mortis causa*, M. Ferrario Hercolani, *La trascrizione degli acquisti mortis causa*, in *Tratt. Bonilini*, I, cit., p. 1365 ss.; A. Zaccaria, *La pubblicità delle disposizioni mortis causa: principio di continuità e risoluzione dei conflitti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 207 ss.; e in *Pubblicità degli atti e delle attività*, Napoli, 2014, p. 259 ss.

l'interpretazione condivisa e la «reale» intenzione della testatrice.

Solo la reiterazione della posizione volta ad attribuire alla conferma contorni meramente abdicativi, cioè a ricostruirla come rinunzia del confermante a far valere la nullità[18], ha portato il giudice ad evidenziare che il mero superamento del vizio formale non avrebbe ancora garantito immediata esecuzione alla scheda testamentaria, così da dover cercare *aliunde* un atto vincolante idoneo a rafforzare l'effetto dispositivo perseguito dal testamento confermato. La comune rappresentazione dei confermanti circa i connotati identificativi dell'immobile ha agevolato la ricostruzione in termini bilaterali di un accordo che, all'esito della lettura complessiva della motivazione, è solo servito a ribadire quanto in realtà era già sufficientemente univoco: cioè l'intenzione della testatrice di intendere il ripostiglio come casa «più piccola».

3. *Accordo d'interpretazione e conferma* ex *art. 590 c.c.*

La questione evocata dalla sentenza appena esaminata, tuttavia, mantiene un'elevata rilevanza applicativa, ben evidenziabile ove si consideri che l'individuazione dei beni oggetto del lascito testamentario costituisce attività frequente al momento della pubblicazione dell'olografo ed è facilmente documentabile dal verbale redatto a tal fine dal notaio.

Tale individuazione, peraltro, non gode del valore di piena prova connesso alla provenienza dell'atto dal pubblico ufficiale e dunque non deve essere contestata ricorrendo a querela di falso, perché si risolve nella manifestazione di volontà che il notaio si limita a registrare come effettivamente resa davanti a lui al momento della pubblicazione del testamento[19].

[18] Cfr. M. Allara, *La successione testamentaria*, I, Torino, 1944, p. 163 s.; Id., *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, p. 55; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 342; C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 2ª ed., III, cit., p. 270; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà,* cit., p. 210 ss.; A. Auricchio, *La conferma del testamento nullo e la sua forma*, in *Foro it.*, 1956, I, c. 120 ss.; G.B. Ferri, voce *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Dig. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 353; M. Franzoni, *La conferma del testamento invalido*, in *Tratt. Bonilini.*, II, cit., p. 1607 ss.; G. Palazzolo, *La conferma delle attribuzioni gratuite invalide come rinuncia all'azione*, in *Vita not.*, 2010, p. 595 ss.; Cass., 5 maggio 1965, n. 807, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 602 ss.; Cass., 11 agosto 1980, n. 4923, in *Foro it.*, 1981, I, c. 435 ss., con nota di L. Di Lalla; e in *Riv. not.*, 1981, p. 459 s.

[19] Cfr. P. Criscuoli, *Negozio di accertamento e volontà del testatore,* cit., p. 317; nonché,

Ne deriva che l'accordo qui esaminato non incontra specifici vincoli formali, salvo quelli connessi all'eventuale natura immobiliare dei beni da esso indicati, e, soprattutto, non deve essere necessariamente perfezionato solo in occasione della pubblicazione dell'olografo, degradando a mera questione probatoria la possibilità di accertarne l'esistenza in un momento cronologicamente distinto rispetto a quello connesso all'adempimento dell'onere *ex* art. 620 c.c.

È appena il caso di aggiungere che, dal punto di vista contenutistico, il richiamo all'individuazione degli immobili assume contorni meramente esemplificativi: ammessa la liceità e vincolatività della figura negoziale in esame, solo una più attenta valutazione delle concrete circostanze del caso e della formulazione letterale della scheda potrebbe consentire il riscontro di accordi d'interpretazione del testamento anche in atti diretti all'individuazione soggettiva del beneficiario del lascito, di un suo sostituto o di un esecutore, nonché di altri connotati identificativi di una disposizione accidentale (condizione, termine, *modus*), delle modalità di godimento della *res* univocamente individuabile o della stessa attualità della volontà testamentaria, potenzialmente escludibile ove l'accordo accerti l'esistenza di una revoca[20].

Il vero problema, in altri termini, attiene alla definizione della rilevanza giuridica dell'atto in esame, specie quando non ricorrono gli estremi per confermare *ex* art. 590 c.c.

In termini generalissimi, la distinzione tra conferma ed accordo d'interpretazione è, dal punto di vista funzionale, netta.

Se infatti la prima persegue una finalità attributiva idonea a superare l'esistenza della causa d'invalidità del testamento, il secondo sembrerebbe

sia pure con riferimento ad una conferma di testamento orale, Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, in *Not.*, 1996, p. 509 ss.; e in *Riv. not.*, 1997, p. 163 ss., con nota di L. Scalia, *Confermabilità del testamento orale: prova della volontà del de cuius, certezza dei rapporti e funzioni notarili*, che, confutando quanto deciso da Trib. Bergamo, 7 novembre 1994, in *Not.*, 1995, p. 277 ss., con nota di G. Celeste, *Confermabilità del testamento orale e accertamento negoziale*; e da App. Brescia, 20 luglio 1995, *ivi*, 1996, p. 247 ss., con nota di G. Celeste, *Conferma del testamento ed efficacia dell'atto pubblico*, ha escluso non solo la responsabilità disciplinare del notaio che abbia ricevuto tale conferma, ma anche e soprattutto che tale atto presupponga un accertamento giudiziale circa l'esistenza del testamento confermato, «tenuto altresì conto che la fede privilegiata propria dell'atto notarile non si estende al contenuto della dichiarazione di convalida, rispetto al quale non è quindi configurabile alcuna attività di accertamento da parte del notaio».

[20] Cfr. R. Cicala, *In tema di interpretazione del testamento*, in Id., P. Perlingieri (a cura di), *Pareri pro veritate*, Napoli, 2006, p. 33 ss.; S. Pagliantini, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, cit., p. 56 s.; Cass., 3 gennaio 2011, n. 72, cit.

invece risolversi in una congiunta dichiarazione di scienza, tutt'al più destinata - secondo quanto prospettato dalla sentenza più volte richiamata e dagli autori che aderiscono alla medesima conclusione - a garantire l'effetto preclusivo quando si riferisce ad una disposizione oggettivamente ambigua[21].

Si deve però osservare che, quando la disposizione testamentaria presenta una causa di nullità, il riconoscimento dell'astratta possibilità di realizzare un atto avente finalità accertativa non produrrebbe alcuna conseguenza giuridica degna di nota, perché delle due l'una: o il soggetto, dichiarando di voler intendere la disposizione in un certo modo, manifesta contestualmente l'intenzione di darvi esecuzione nella consapevolezza dell'esistenza della causa di invalidità e allora l'atto in esame assume inevitabilmente i contorni della mera conferma, rispetto alla quale l'esplicita attestazione dell'interpretazione della scheda degrada a motivo espresso, non necessariamente determinante ed eventualmente comune ai confermanti; o il soggetto non vuole porre in essere una conferma e allora il fatto di aver attestato la sua personale interpretazione della scheda, anche laddove essa

[21] Cfr. G. Celeste, *Confermabilità del testamento orale e accertamento negoziale*, cit., p. 279 s.; S. Delle Monache, *Accertamento negoziale e conferma di disposizioni testamentarie nulle*, cit., p. 400 s.; P. Criscuoli, *Negozio di accertamento e volontà del testatore,* cit., p. 315 s.; E. del Prato, *Gli strumenti contrattuali di negoziazione della lite*, cit., p. 180 s., testo e nota 16; S. Pagliantini, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, cit., p. 53 s.; nonché Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, cit., secondo la quale conferma ed accertamento «hanno in comune solo l'effetto di fissare la situazione preesistente, ma l'accostamento non può andare oltre, rimanendo ferma la differenza, che nel caso della convalida riguarda il modo di essere dal negozio convalidato rispetto al diritto, senza escludere un'eventuale e successiva contestazione dinanzi all'autorità giudiziaria e l'accertamento definitivo di questa». Ma, per un diverso approccio, è sufficiente rinviare a G. Piazza, *La convalida nel diritto privato*, I, *La convalida espressa*, Napoli, 1973, p. 105 e p. 112; L. Puccini, *Note in tema di legittimazione congiuntiva alla conferma di testamento affetto da annullabilità assoluta, nel quadro degli atti di accertamento privato*, in *Giust. civ.*, 1983, II, p. 223 ss.; R. Caprioli, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle,* cit., p. 199; A. Catricalà, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 4 s., secondo i quali la conferma, la convalida, la ratifica e, appunto, il negozio di accertamento mirerebbero tutti al superamento di una situazione di incertezza, determinando, in capo ai loro autori, un effetto di natura preclusiva diretto ad impedire di richiamare l'incertezza stessa per contestare l'efficacia dell'atto. Per una replica a quest'ultima posizione, tuttavia, cfr. F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 94 ss.; S. D'Andrea, *Sul problema del negozio atipico di accertamento,* cit., p. 37 s.; S. Ruperto, *Gli atti con funzione transattiva,* cit., p. 15 ss., spec. p. 53 s., il quale sottolinea che l'incertezza assume contorni meramente eventuali negli atti finalizzati a perseguire il superamento di un difetto strutturale o funzionale tale da incidere sulla loro efficacia, mentre rappresenta elemento ineludibile dell'accertamento, altrimenti privo di alcuna giustificazione causale.

miri erroneamente a ritenerla valida anziché nulla[22], non contribuisce ad incidere sugli effetti della stessa e non ha alcun ruolo nel compimento della vicenda successoria, la cui eventuale realizzazione richiederebbe pur sempre di integrare il disposto dell'art. 590 c.c.[23].

Identica conclusione vale, peraltro, anche laddove si ammetta la confermabilità di disposizioni solo annullabili e, in particolare, delle previsioni del testamento rese da un soggetto incapace di disporre o in presenza di un vizio della volontà[24].

[22] È appena il caso di precisare che la formulazione letterale dell'accordo d'interpretazione non incide sulla ricostruzione ermeneutica del suo effettivo contenuto: il mero fatto che i contraenti dichiarino valido quanto in realtà è nullo non solo è ovviamente inidoneo a sanare la causa di invalidità, ma non condiziona neppure l'attività dell'interprete, che potrà qualificare l'atto in modo tale da conferirgli effetti –e dunque ricondurlo nell'area di operatività della conferma– solo a misura che tale esito sia coerente approdo dell'impiego degli ordinari canoni di interpretazione del contratto e, in particolare, della regola di totalità evocata dall'art. 1362, c. 2, c.c.: per una puntuale indicazione delle ragioni che inducono ad attribuire a tale regola contorni di oggettività tali da eliminare ogni portata ermeneutica al principio *in claris non fit interpretatio* è sufficiente rinviare a M. Pennasilico, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, spec. p. 42 ss.; Id., *Interpretazione e integrazione del contratto*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, cit., p. 125 ss.; e, con il titolo *Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 163 ss.

[23] Cfr. S. Pagliantini, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo,* cit., p. 58 s., il quale aggiunge che la conferma potrebbe provenire da un soggetto non disinteressato, cioè da colui che, in realtà, è beneficiato dalla disposizione ed è contestualmente legittimario o successibile *ab intestato*, sicché l'atto potrebbe, in concreto, manifestare un «intento … normalmente di tipo *divisionale*, mirando… ad accreditare una divisione dei cespiti ereditari *diversa* da quella che altrimenti avverrebbe ove operassero le norme sulla successione legittima, senza trascurare la variante, ove ad es. tra i successibili figurasse un minore, che l'operare degli artt. 484-489 c.c. implicherebbe allora il dover preliminarmente compiere un'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario e, soltanto in seguito, procedere a transigere sulle rispettive attribuzioni patrimoniali».

[24] A favore di tale possibilità si pronunciano A. Cicu, *Testamento*, 2ª ed, cit., p. 28 s.; G. Pasetti, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, p. 185 s.; M. Allara, Appunti C. Sarasso (a cura di), *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, Torino, 1964, p. 54 s.; G. Gabrielli, *L'oggetto della conferma* ex *art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1421 ss.; G. Stolfi, *Litisconsorzio necessario ed impugnazione del testamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 276 s.; e in Id., *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, Milano, 1981, p. 91 s.; F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 94 ss. e p. 296 ss.; G. Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico,* cit., p. 257 ss.; R. Caprioli, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, cit., p. 199 ss.; G. Bonilini, voce *Testamento*, in *Dig. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 376 s.; S. Pagliantini, S. Brandani, Sub *Art. 591*, cit., p. 203 s.; Cass., 8 ottobre 1948, n. 1717, in *Giur. it.*, 1949, I, c. 486 ss.; Cass., 23 aprile 1965, n. 719, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1719 ss.; e

Per quanto sia senz'altro esatto rilevare che, in questo ordine di ipotesi, la disposizione è già idonea a produrre i suoi effetti, ciò non consente di attribuire alla conferma un connotato esclusivamente abdicativo, riconducendola nell'area di operatività della rinuncia all'azione di annullamento o alla relativa eccezione.

L'applicabilità (analogica) dell'art. 1444 c.c. alla disposizione testamentaria annullabile, invero, mal si concilia con l'espresso riconoscimento positivo (artt. 591, ult. c., 606, c. 2. e 624, c. 1, c.c.) del carattere assoluto della legittimazione ad agire per far valere l'annullamento.

A differenza di quanto riscontrabile in ambito contrattuale, la convalida testamentaria non potrebbe realizzarsi - a parità di effetti - in modo espresso o mediante esecuzione volontaria dell'atto annullabile: la realizzazione materiale del contenuto della scheda potrebbe essere assicurata da soggetti che, essendo privi del potere di impugnare in quanto non titolari di un interesse all'eliminazione della disposizione, risulterebbero altresì non legittimati alla formulazione di una convalida espressa, la quale, invece, potrebbe essere dichiarata anche da chi - si pensi ad esempio ai chiamati all'eredità *ab intestato* - non potrebbe in alcun modo influenzare l'effettiva esecuzione della scheda testamentaria.

Tale rilievo rende difficile l'applicazione analogica dell'art. 1444 c.c., che, anziché essere esteso a situazioni simili a quelle in esso espressamente regolate, delineerebbe una regola di condotta avente in realtà contenuto precettivo opposto a quella dettata per il contratto, sicché non si è mancato di evidenziare che, ferma restando l'irrinunciabilità del diritto alla proposizione dell'azione di annullamento o della relativa eccezione, occorrerebbe uno specifico atto per assicurare stabilità all'effetto determinato dalla disposizione annullabile e, a tal fine, entrerebbe in gioco proprio la conferma, capace di stabilizzare - ancora una volta, mediante l'attuazione di un intento attributivo - l'effetto prodotto dalla manifestazione di volontà del testatore[25].

in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 2293 ss.; Trib. Napoli, 24 gennaio 1976, in *Dir. giur.*, 1976, p. 60 ss., con nota di R. Caprioli, *Conferma* ex *art. 590 c.c., testamento annullabile e pluralità di interessati*; Trib. Palermo, 3 luglio 1982, in *Dir. fam.*, 1983, p. 616. *Contra* B. Biondi, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, XII, 4, Torino, 1961, p. 618; A. D'Antonio, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 105; L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, I, cit., p. 185 ss.; Id., *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 150 ss.; B. Toti, *La rilevanza delle cause di invalidità nell'applicazione dell'art. 590 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 247 ss.; S. Delle Monache, *Testamento*, cit., p. 252 s. e p. 279 s.

[25] Cfr. S. Pagliantini, *La pluralità di regimi normativi del testamento annullabile*, in *Riv. not.*, 2008, p. 795 ss.; Id., *Gli statuti normativi del testamento annullabile e la pratica delle Corti*, in S. Pagliantini, A.M. Benedetti (a cura di), *Profili sull'invalidità e la caducità*

Poiché anche in questo ordine di ipotesi la conferma richiederebbe preventivamente di accertare l'esistenza di siffatta manifestazione di volontà e la sua conformità alla «reale» intenzione del testatore, è facile concludere che l'effetto preclusivo che si vorrebbe attribuire all'accordo d'interpretazione non riesce ad assumere contorni giuridicamente autonomi rispetto a quelli della conferma, non essendovi motivi per sostenere che l'accordo possa garantire una sostanziale confermabilità a disposizioni che presentano una causa di annullamento così grave da escludere la loro corrispondenza ad un'effettiva *voluntas testandi*.

La conferma, infatti, può effettivamente perseguire la sua funzione solo quando assicura l'attuazione della volontà del testatore[26] e ciò è tecnicamente possibile, a fronte di una causa di annullamento, esclusivamente laddove si riscontrino vizi formali o disposizioni rese da un soggetto incapace di agire ma dotato di una sufficiente maturità psico-fisica al momento del compimento dell'atto: si pensi, in particolare, alla disposizione priva di data *ex* art. 606, c. 2, c.c. o redatta da un minore sufficientemente maturo o dall'interdetto in uno stato di lucido intervallo al momento della redazione[27].

delle disposizioni testamentarie. Saggi, Napoli, 2013, p. 93 ss.

[26] Su ciò concordano, nonostante le diverse ricostruzioni della conferma, G. Pasetti, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione,* cit., p. 81 ss.; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà,* cit., p. 216; P. Schlesinger, *Sanatoria per conferma del testamento revocato di diritto*, in *Giur. it.*, 1955, I, c. 1106; N. Lipari, *Autonomia privata e testamento,* cit., p. 380 ss., spec. p. 394 s.; F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 58, p. 212 ss., spec. p. 220 e p. 262; G. Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico,* cit, p. 238, p. 245 s. e p. 257 ss.; B. Toti, *La rilevanza delle cause di invalidità nell'applicazione dell'art. 590 c.c.*, cit., p. 476 s.; S. Delle Monache, *Testamento*, cit., p. 255 s.; S. Pagliantini, S. Brandani, Sub *Art. 591*, cit., p. 195 s.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, II, 2, *Le successioni*, cit., p. 382, nota 540.

[27] Cfr. S. Pagliantini, S. Brandani, Sub *Art. 591*, cit., p. 196; Cass., 11 giugno 2012, n. 9466, in *Giur. it.*, 2013, p. 2261 ss., con nota di C. Sgobbo, *La validità del testamento olografo senza data: è veramente possibile?*; e in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1071 ss.; Cass., 13 luglio 2017, n. 17392, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Successione ereditaria*, n. 114; *contra* G. Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico,* cit., p. 264 s., secondo il quale, ammessa la confermabilità della disposizione annullabile, proprio il fatto che quest'ultima –ancorché contrastante con la «reale» intenzione del testatore– sia immediatamente efficace impedirebbe di sottrarla all'art. 590 c.c. in ragione dei suoi rapporti con la volontà del *de cuius*. Ma quest'ultimo rilievo postula una ricostruzione unitaria dei casi di annullamento delle disposizioni testamentarie superabile attraverso un loro più articolato confronto: cfr. E. Leccese, *Incapacità naturale e teoria dell'affidamento*, Napoli, 1999, p. 17 ss.; e, ancorché con esclusivo riferimento ai casi di incapacità, sia consentito altresì il rinvio ad A. Venturelli, *La capacità di disporre per testamento*, in *Tratt. Bonilini*, II, cit., p. 83 ss., spec. p. 141 ss.

Negli altri casi di annullamento, l'esclusione della conferma dipende dall'oggettiva impossibilità di attuare l'intenzione del testatore, che sarebbe definitivamente frustrata dalla stabilizzazione di una disposizione causalmente riconducibile alla sua incapacità naturale o ad una divergenza tra voluto e dichiarato indotta dal vizio della volontà.

In questi ultimi casi, per legittimare un accordo di interpretazione autonomo rispetto alla conferma bisognerebbe supporre che esso possa per così dire «sanare» la causa di annullamento garantendo attuazione alla ricostruzione del *dictum* testamentario prospettata dai contraenti, ma è facile replicare che, in questo modo, alla ricostruzione medesima si attribuirebbero effetti attributivi incompatibili con l'efficacia preclusiva derivante dal negozio di accertamento e, soprattutto, si ammetterebbe che la successione possa essere regolata non dalla volontà del testatore - assente o inconoscibile - ma dalla (sola) intenzione degli eredi.

A tal stregua, riesce tutto sommato inutile interrogarsi sulla specifica causa di nullità dell'accordo appena ipotizzato, ben potendosi egualmente porre l'accento sull'idoneità di quest'ultimo ad eludere l'applicazione di disposizioni imperative, quali gli artt. 457 e 590 c.c., o sull'assenza di un effettivo stato di incertezza circa la «reale» intenzione del testatore e sulla conseguente impossibilità di attribuire all'atto un mero effetto preclusivo.

4. *La portata imperativa dell'art. 625 c.c. nella delimitazione dell'ambito di operatività dell'accordo d'interpretazione*

Ad esiti pressoché identici è possibile pervenire in tutti i casi in cui l'accordo d'interpretazione persegua solo apparentemente una funzione preclusiva, garantendo invece un'indebita integrazione della volontà testamentaria idonea a sancire un sostanziale superamento della stessa forza di legge dell'atto *mortis causa*[28].

[28] Su ciò concorda la dottrina tedesca, che ha da tempo evidenziato che l'accordo d'interpretazione di un testamento non può tradursi nella violazione delle regole imperative dedicate alla ricostruzione della volontà espressa dal testatore: cfr., a titolo meramente esemplificativo, R. Dressler, *Der erbrechtliche Auslegungsvertrag. Gestaltungshilfe bei einvernehmlichen Nachlaßregelungen*, in *ZEV*, 1999, p. 289 ss.; H. Lange e K. Kuchinke, *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, 5ª ed., München, 2001, p. 792 ss.; K.-G. Loritz, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Kommentar begründet von T. Soergel, neu herausgegeben von J. Damrau, XXII, *Erbrecht 2*, Stuttgart, 2003, p. 110 s.; T. Storz, *Zivilrechtliche Wirkungen des erbrechtlichen Auslegungsvertrags*, in *ZEV*, 2008, p. 308 ss.; M. Freiherr von Pruff, *Der erbrechtliche Auslegungsvertrag/Erbvergleich und*

Si pensi, anzitutto, al caso in cui la volizione del *de cuius* sia priva di alcuna documentalità (c.d. testamento noncupativo): ove si escluda la confermabilità di tale atto in ragione della sua inesistenza se ne dovrebbe altresì inevitabilmente escludere l'interpretabilità con effetti vincolanti per i contraenti del relativo accordo[29]; di converso, ove si ponga l'accento sulla sua nullità per inosservanza del precetto formale, l'accordo non potrebbe che esprimere la volontà di darvi esecuzione, rimanendo assorbito dall'individuazione dell'esistenza di una conferma[30].

seine steuerlichen Auswirkungen, *ivi*, 2010, p. 348 s.; C.-H. Horn, in Id., L. Kroiss, *Testamentsauslegung. Strategien bei unklaren letztwilligen Verfügungen*, München, 2012, p. 5 ss.; W. Litzenburger, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, herausgegeben von H.G. Bamberger und H. Roth, 3ª ed., III, München, 2012, p. 1691 s.; M. Rudolf, J. Bittler, U. Seiler-Schopp, *Handbuch Testamentsauslegung und –anfechtung*, 2ª ed., Bonn, 2013, p. 69 s.; D. Leipold, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, IX, *Erbrecht*, herausgegeben von S. Kessal-Wulf, 6ª ed., München, 2013, p. 885 s.; Id., *Erbrecht. Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen*, 20ª ed., Tübingen, 2014, p. 137 s.; G. Otte, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, V, *Erbrecht.* §§ 2064-2196, herausgegeben von G. Otte, Berlin, 2013, p. 44.

[29] Cfr. M. De Simone, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946, p. 85 ss.; A. Cicu, *Testamento*, 2ª ed, cit., p. 33 s.; G. Spinelli, *Il valore giuridico del testamento orale*, in *Nuovo dir.*, 1951, I, p. 338 ss.; F. Romano, *Note in tema di disposizioni orali di ultima volontà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 775; G. Giacobbe, voce *Convalida (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 485; G. Tamburrino, voce *Testamento*, *ibidem*, XLIV, Milano, 1992, p. 497 ss.; S. Landini, *Le invalidità del negozio testamentario*, Napoli, 2012, p. 32; M. Labriola, *La conferma del testamento nullo: vizi formali e vizi sostanziali*, cit., p. 74 ss.; Trib. S.M. Capua Vetere, 28 giugno 1955, in *Dir. giur.*, 1956, p. 319 ss., con nota di M. De Simone, *Se il testamento nuncupativo sia confermabile* ex *art. 590 c.c.*; Trib. Bergamo, 7 novembre 1994, cit.; App. Brescia, 20 luglio 1995, cit., il cui principio di diritto è stato, tuttavia, confutato da Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, cit.

[30] Cfr. G. Gabrielli, *L'oggetto della conferma* ex *art. 590 c.c.,* cit., p. 1385 ss.; F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 63 s. e p. 233 ss.; R. Triola, *Conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle (Rassegna di giurisprudenza)*, in *Vita not.*, 1977, p. 912 s.; G. Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 264 s.; G. Corapi, *Nullità, e inesistenza, del testamento*, in *Tratt. Bonilini*, II, cit., p. 1570 s.; M. Franzoni, *La conferma del testamento invalido,* cit., p. 1620 s.; S. Delle Monache, *Testamento*, cit., p. 270 s.; S. Pagliantini, S. Brandani, *Delle successioni*, II, cit., p. 199 s.; S. Pagliantini, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, cit., p. 58 s.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, II, 2, *Le successioni*, cit., p. 383; Cass., 14 maggio 1962, n. 1024, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1893 ss.; Cass., 9 ottobre 1972, n. 2958, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1886 ss., con nota di L. Di Lalla, *Sulla inconfermabilità del testamento*; e in *Vita not.*, 1973, p. 119 ss.; Trib. Napoli, 29 aprile 1986 e App. Napoli, 3 maggio 1989, entrambe in *Dir. giur.*, 1989, p. 407 ss., con nota di C. Venditti, *Disposizione testamentaria orale e conferma ex art. 590 c.c.*; Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, cit.; Trib. Belluno, 22 dicembre 1997, in *Dir. fam.*, 2000, p. 1110 ss.; Trib. Napoli, 30 giugno 2009, in *Giur. mer.*, 2010, p. 3010 ss., con nota di M. di Marzio, *Accordo tra*

Più in generale, l'attribuzione di una portata testamentaria ad un atto inidoneo ad esprimere una definitiva volontà del *de cuius* - come ad esempio il progetto di testamento - non può assumere il valore di una conferma perché non si rivolge ad una vera e propria «disposizione», ancorché affetta da una causa di nullità, e mira al perseguimento di un intento attributivo in realtà privo di alcuna giustificazione causale proprio e solo in ragione dell'art. 590 c.c., che continua a rappresentare il dato normativo dal quale si deve muovere per delimitare l'ambito di operatività dell'accordo d'interpretazione[31].

coniugi sulla destinazione post mortem *dei propri beni*; e in *Vita not.*, 2011, p. 755 ss., con nota di V. Moscatelli, *Conferma ed esecuzione volontaria del testamento orale e del patto successorio istitutivo*, che, tuttavia, ha ribadito la confermabilità del testamento orale solo per regolare una successione in conformità ad un patto successorio vietato *ex* art. 458 c.c. e, soprattutto, in modo difforme da quello che era il reale intendimento del *de cuius*, piegando la conferma a finalità che le sono oggettivamente estranee.

[31] Cfr. G. Pasetti, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, cit., p. 192 s.; P. Rescigno, *Il «progetto» di testamento*, in *Foro it.*, 1954, I, c. 1243 ss.; A. Arienzo, *In tema di conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle*, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 720 ss.; O. Fanelli, *La conferma di disposizione testamentaria nei casi di lesione legittima, sopravvenienza di figli, revoca da parte del testatore*, in *Notaro*, 1960, p. 75 s.; M. Bulgarelli, *Conferma di disposizioni testamentarie nulle con particolare riguardo al legato di usufrutto successivo*, *ibidem*, 1959, p. 86; G. Gabrielli, *L'oggetto della conferma* ex *art. 590 c.c.*, cit., p. 1375 s.; N. Lipari, *Autonomia privata e testamento,* cit., p. 264 ss.; C. Niutta, *Il testamento olografo non sottoscritto e l'art. 590 c.c.*, in *Vita not.*, 1971, p. 410 ss.; F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 68 ss., p. 251 s. e p. 265 s.; L. Bigliazzi Geri, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 155 s.; U. Salvestroni, *Interpretazione «autentica» ed integrazione dell'intento negoziale nel testamento e nei contratti agrari*, in *Diritto privato*, IV, *Del rapporto successorio: aspetti*, Padova, 1999, p. 141 ss.; S. Landini, *Le invalidità del negozio testamentario*, cit., p. 135 ss.; R. Ambrosio, G.M.D. Arnone, *I deboli e la capacità di testare nel diritto civile*, in Aa. Vv., *Il testamento dell'incapace*, Introduzione di R. Calvo, Napoli, 2013, p. 96 s.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, II, 2, *Le successioni*, cit, p. 382 s., testo e nota 539; Cass., 13 ottobre 1961, n. 2137, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1962 ss., con nota di G. Cassisa, *In tema di conferma di disposizioni testamentarie contenute in un olografo falsamente sottoscritto*; App. Roma, 11 novembre 1999, in *Vita not.*, 1999, p. 1196 ss., con nota di R. Buttitta, *La volontà testamentaria nel codicillo e sua esecuzione*; Cass., 23 giugno 2005, n. 13487, *ivi*, 2005, p. 982 ss.; Cass., 4 luglio 2012, n. 11195, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Successione ereditaria*, n. 166; Cass., 27 luglio 2017, n. 18616, *ivi*, 2017, voce cit., n. 111; nonché Cass., 18 maggio 2015, n. 10171, in *Giur. it.*, 2015, p. 1581 ss., con nota di M. Gafà, *Nessuna dignità di testamento olografo alla riproduzione in carta carbone*; e in *Dir. succ. e fam.*, 2016, p. 557 ss., con nota di L.E. Perriello, *Il testamento olografo rinvenuto in copia all'apertura della successione*, la quale ha correttamente sottolineato che il mero accertamento dell'esistenza di una fotocopia di testamento olografo e la conseguente dichiarazione di volervi dare esecuzione non costituiscono necessariamente valida conferma, a misura che l'assenza dell'originale e l'impossibilità di dar conto delle ragioni che l'hanno determinata giustificherebbero

Ove, però, quest'ultimo miri ad evitare l'eliminazione della disposizione in ragione della sopravvenuta mancanza di un motivo espressamente posto a fondamento della scelta del *de cuius*, si può rilevare che l'esito distruttivo comunemente collegato al c.d. motivo mancato determinante rappresenta il coerente approdo di una ricostruzione ermeneutica della scheda testamentaria che presenta una formulazione univocamente diretta a segnalare la specifica dipendenza causale della volontà dispositiva ivi espressa dal convincimento soggettivo del testatore in ordine all'effettiva realizzazione del presupposto.

Per quanto qui rileva, è inutile verificare se l'eliminazione della disposizione debba essere giustificata attraverso il richiamo del solo art. 624, 2° c., c.c., in ragione del fatto che l'errore sui motivi può altresì essere determinato da una falsa rappresentazione di circostanze destinate a realizzarsi solo dopo la manifestazione della volontà[32], o, al contrario, dal semplice rinvio alla teoria generale della presupposizione, intesa quale sopravvenienza capace di rendere inefficace il *dictum* del testatore[33].

una presunzione relativa di revoca, autorizzando a ritenere che il testatore abbia distrutto il suo atto e, conseguentemente, non vi sia più alcuna disposizione suscettibile di essere confermata. Più articolata, sul punto, la conclusione di S. Delle Monache, *Accertamento negoziale e conferma di disposizioni testamentarie nulle*, cit., p. 400 e p. 403 s., secondo il quale basterebbe porre l'accento sulla differenza tra conferma ed accertamento per impedire il richiamo dell'art. 590 c.c. e consentire incondizionatamente l'accertamento stesso, precludendo al Conservatore di porre l'accento sulla presunzione di revoca per opporsi alla trascrizione della disposizione testamentaria prodotta in fotocopia. Il rilievo è senz'altro pertinente alle specificità del caso esaminato dall'autore e, segnatamente, al fatto che, una volta perfezionato il negozio di accertamento, non spetta al Conservatore opporsi alla sua efficacia. Ma riesce difficile credere che identici rilievi possano realmente impedire al giudice, investito della validità dell'atto, di replicare che, se le parti non provano l'assenza di revoca correlata alla distruzione dell'originale, l'incondizionato riconoscimento dell'ammissibilità di un negozio di accertamento anche in casi in cui non si può confermare porterebbe ad una elusione dell'art. 590 c.c. e alla conseguente nullità dell'accordo per frode alla legge.

[32] Cfr., sia pure con non marginali differenze in ordine alle motivazioni sviluppate per sostenere l'assunto, D. Rubino, *La mancanza sopravvenuta del motivo espresso e determinante della disposizione testamentaria*, in *Riv. dir. priv.*, 1932, II, p. 23 ss.; A. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 282 s.; P. Rescigno, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 157 s. e p. 171 ss.; F. Martorano, *«Presupposizione» ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 69 ss., spec. p. 97 s.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 514; C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 288 ss.

[33] Cfr. V. Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 490 ss., spec. p. 508 s.; G.B. Ferri, *La causa*, in G.B. Ferri, C. Angelici, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 103 s.; G. Doria, *I negozi sull'effetto giuridico,* cit., p. 77 ss.; S. Pagliantini, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, cit., p. 14 s. e p. 150 ss.;

In entrambe le ipotesi, la conferma *ex* art. 590 c.c. non potrebbe essere realizzata, in ragione della sua inidoneità ad attuare il «reale» intento del testatore e la conseguente inefficacia dell'atto renderebbe giuridicamente inutile il richiamo della funzione preclusiva attribuita all'accordo d'interpretazione.

Non si deve tuttavia dimenticare che la regolamentazione delle conseguenze di una falsa rappresentazione del testatore non si esaurisce nell'annullamento *ex* art. 624 c.c., ma comprende altresì il richiamo del principio conservativo della *falsa demonstratio non nocet* disposto dall'art. 625 c.c., il quale, pur occupandosi in via apparentemente esclusiva di una disposizione «erronea», evoca, in realtà, un canone interpretativo generale, incentrato sul riconoscimento della possibilità di dedurre la «reale» intenzione del testatore da circostanze extra-testuali reputate dalla norma capaci, ove appunto sufficienti a permettere l'univoca ricostruzione della *mens testantis*, di prevalere sulla formulazione letterale del *dictum* testamentario[34].

Id., in *Delle successioni*, II, cit., p. 473 ss.; Id., *I vizi della volontà testamentaria*, in *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, cit., p. 16 ss.; Id., *Le invalidità*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, II, cit., p. 930 ss.; Id., *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, cit., p. 74 s.; F. Giardini, *Testamento e sopravvenienza*, Padova, 2003, p. 170 ss.; G. Cian, *Il testamento nel sistema degli atti giuridici*, in S. Delle Monache (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, p. 176 s.; G. Corapi, *L'annullabilità del testamento*, in *Tratt. Bonilini*, II, cit., p. 1590 s.; F. Sangermano, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, cit., p. 100 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, II, 2, *Le successioni*, cit., p. 389 s.

[34] Cfr. G. Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., p. 145 s.; A. Trabucchi, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, cit., p. 563 ss.; P. Rescigno, *Interpretazione del testamento,* cit., p. 2, p. 46 s. e p. 67 ss., spec. p. 72; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà,* cit., p. 183 s.; N. Lipari, *Autonomia privata e testamento,* cit., p. 249 s.; F. Ziccardi, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972, p. 81 ss.; Id., voce *Interpretazione. III) Interpretazione del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, p. 9 s.; V. Scalisi, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente,* cit., p. 246; L. Mengoni, *Interpretazione del negozio e teoria del linguaggio (note sull'art. 625 c.c.)*, in *Jus*, 1989, p. 1 ss.; in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, p. 312 ss.; e in Id., *Obbligazioni e negozio,* C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi (a cura di), *Scritti*, II, Milano, 2011, p. 580 ss. (da cui le successive citazioni); L. Bigliazzi Geri, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 145 s.; S. Delle Monache, *Testamento*, cit., p. 181 s., p. 187 s. e p. 189 s.; G. Cian, *Il testamento nel sistema degli atti giuridici*, cit, p. 165 s.; S. D'Andrea, *L'istituzione d'erede*, in *Tratt. Bonilini*, II, cit., p. 217 s.; S. Pagliantini, in *Delle successioni*, II, cit., p. 480 s.; Id., *I vizi della volontà testamentaria*, cit., p. 26 s.; Id., *Le invalidità*, cit., p. 938 s.; F. Sangermano, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, cit., p. 243 ss.; D. Giurato, *Le disposizioni in favore di persona incerta*, in *Le disposizioni testamentarie*, diretto da G. Bonilini, coordinato da V. Barba, Torino, 2012, p. 124 s.; G. Di Lorenzo,

Tale prevalenza può risolversi anche in una vera e propria correzione dell'erronea indicazione testamentaria, il che vale a sancire un'idoneità integrativa del materiale extra-testuale che ben potrebbe essere segnalata nell'accordo d'interpretazione dei soggetti indicati dalla disposizione.

In questa prospettiva, non si può *a priori* e in via generalizzata escludere l'ammissibilità di un atto d'interpretazione volto a ricostruire il significato della scheda in termini divergenti da quelli sottesi alla sua formulazione letterale, purché tale manifestazione di volontà, anziché essere fondata su un intento attributivo, si riveli in realtà giustificata dall'effettiva certezza della «reale» intenzione del testatore ivi rappresentata, cioè dalla sua conformità al materiale ermeneutico extra-testuale coerentemente impiegato nella sua redazione[35].

Poiché l'art. 625 c.c. nulla dispone in ordine al momento cronologico entro il quale il materiale extra-testuale acquista rilevanza ermeneutica e, in particolare, non limita l'operatività di tale materiale a quanto riscontrabile al momento della redazione della scheda, si deve altresì riconoscere la

Testamento ed esclusione dalla successione, Milano, 2017, p. 57; Trib. Vallo della Lucania, 17 aprile 2002, in *Giur. it.*, 2002, p. 2070 ss., con nota di F. Murino, *Note in margine ad un caso di falsa demonstratio del beneficiario di una disposizione testamentaria*; Trib. Belluno, 29 gennaio 2008, *ivi*, 2008, p. 2202 ss., con nota di E. Perrone, *L'errore ostativo nel testamento*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 996 ss., con nota di F. Tedioli, *«Falsa demonstratio», errore ostativo o errore-vizio: quali limiti alla rettifica testamentaria?*; e in *Vita not.*, 2009, p. 533 ss.

[35] Non vi è dunque alcuna necessità di auspicare –come fanno, invece, S. Pagliantini e S. Brandani, *Delle successioni*, II, cit., p. 199; S. Brandani, *Conferma ed esecuzione volontaria di disposizione testamentaria nulla*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, II, cit., p. 998 s. – l'allargamento dell'ambito di operatività dell'art. 590 c.c. anche ai casi in cui la disposizione confermata risulti indeterminabile *ex* art. 628 c.c., perlomeno ove la causa di nullità dipenda «da disattenzione del testatore o dall'erronea convinzione di sufficiente specificazione della propria volontà», posto che anche in questo ordine di ipotesi –esattamente come nel caso del testamento nuncupativo– basterebbe attribuire al confermante un potere integrativo non incompatibile con le finalità della conferma. Nel caso appena prospettato, a ben vedere, non vi è alcuna causa di nullità e l'integrazione costituisce una fase del procedimento ermeneutico ancora diretta alla ricostruzione della «reale» intenzione del testatore mediante l'impiego del materiale extra-testuale. Laddove, però, il richiamo di quest'ultimo non consenta di addivenire all'individuazione dell'intenzione, l'assenza di una reale «disposizione» rappresenta ragione più che sufficiente per escludere la conferma, che, altrimenti, esprimerebbe solo l'intento del confermante: cfr. G. Gabrielli, *L'oggetto della conferma* ex *art. 590 c.c.,* cit., p. 1392 s.; F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 281 s.; M. Grondona, *Le disposizioni a favore di persona incerta e il problema della trasparenza testamentaria (ovvero: il giudice quale* policy-maker *di una politica del diritto successorio?)*, in *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, cit., p. 157 ss.

possibilità che l'accordo d'interpretazione prospetti un adeguamento della formulazione letterale della scheda stessa ai fatti sopravvenuti, purché naturalmente sia davvero possibile accertare con sufficiente univocità che tale adeguamento corrisponde a quanto effettivamente il testatore avrebbe voluto disporre, ove avesse realmente assunto consapevolezza della sopravvenienza riscontrata[36].

[36] Cfr. E. Betti, *Ergänzende Rechtsfortbildung als Aufgabe der richterlichen Gesetzesauslegung*, in *Festschrift für Leo Raape zu seinem Geburtstag 14. Juni 1948*, Hamburg, 1948, p. 389; Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 108 s. e p. 514 s.; Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 407 e p. 427; P. Rescigno, *Interpretazione del testamento,* cit., p. 46 s. e p. 168 ss.; G. Cian, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, cit., p. XI s., p. 31ss. e p. 187 ss.; Id., *Il testamento nel sistema degli atti giuridici*, cit., p. 168 ss.; V. Scalisi, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 245 s.; F. Treggiari, *Interpretazione del testamento e ricerca della volontà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 911 ss.; e in N. Picardi, B. Sassani, F. Treggiari (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, I, Napoli, 2001, p. 473 ss.; nonché, con riferimento al sistema tedesco, nel quale manca una disposizione corrispondente all'art. 625 c.c., ma la regola della *falsa demonstratio* è dedotta dal principio conservativo evocato dal § 2084 BGB, G. Bartz, *Testamentsauslegung bei Vermögenserwerb des Erblassers nach Testamentserrichtung*, in *NJW*, 1972, p. 1174 ss.; H.J. Wieling, *«Falsa demonstratio non nocet»*, in *Jura*, 1979, p. 524 ss.; E. Wieser, *Wille und Verständnis bei der Willenserklärung*, in *AcP*, (189) 1989, p. 112 ss.; D. Leipold, *Wille, Erklärung und Form – Insbesondere bei der Auslegung von Testamenten*, in Aa. Vv., *Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels*,, Baden-Baden, 1986, p. 421 ss.; U. Foerste, *Die Form des Testaments als Grenze seiner Auslegung*, in *DNotZ*, 1993, p. 84 ss.; A. Gerhards, *Ergänzende Testamentsauslegung und Formvorschriften (Andeutunstheorie)*, in *JuS*, 1994, p. 642 ss.; G. Otte, *Ergänzende Auslegung des Erbvertrages*, in *ZEV*, 1997, p. 123 ss.; A. Frieser, *Anwaltliche Strategien im Erbschaftsstreit*, Neuwied, 1999, p. 37 ss.; H. Dieckhöfer, *Grundsätze der Testamentsauslegung: was in Zweifelsfällen gilt*, in *DErbZ*, 2005, p. 18 ss.; T. Windland, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, herausgegeben von H.G. Bamberger und H. Roth, I, §§ 1-610, 3ª ed., München, 2012, p. 588; V. Franzen, in *BGB. Juris Praxis Kommentar*, herausgegeben von W. Hau, V, *Erbrecht*, 6ª ed., Saarbrücken, 2012, p. 637 s.; R. Frank e T. Helms, Tobias, *Erbrecht*, 6ª ed., München, 2013, p. 78 ss. e p. 91 ss.; M. Rudolf, J. Bittler, U. Seiler-Schopp, *Handbuch Testamentsauslegung und –anfechtung,* cit., p. 24 ss.; M. Ahrens, in *BGB. Kommentar*, herausgegeben von H. Prütting, G. Wegen und G. Weinreich, 9ª ed., Baden-Baden, 2014, p. 111 e p. 148 ss. Nella giurisprudenza italiana, merita attenzione Cass., 20 dicembre 2011, n. 27773, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 647 ss., con nota di G. Vidiri, *La rilevanza del linguaggio scritto nell'interpretazione del testamento olografo*; e in *Fam. dir.*, 2012, p. 125 ss., con nota di R. Calvo, *Il legato di usufrutto «ambulatorio» pro convivente*: per quanto la pronuncia non richiami l'art. 625 c.c., essa perviene ad un'interpretazione «integrativa» volta a garantire alla convivente *more uxorio* del testatore, alla quale era stato attribuito il legato di usufrutto su un immobile analiticamente indicato nella scheda, il diritto di trasferire tale lascito su un altro immobile, acquistato successivamente alla redazione del testamento e a seguito della vendita del bene in quest'ultimo menzionato, in ragione del fatto che la «reale» intenzione del testatore sarebbe stata quella di beneficiare

Nel caso da ultimo ipotizzato, all'accordo non si conferisce alcuna funzione integrativa idonea a snaturarne la riconduzione entro l'area di operatività dell'accertamento convenzionale: esso, piuttosto, riproduce il disposto normativo dell'art. 625 c.c., cioè assicura pieno compimento alla «reale» intenzione del testatore documentata dal materiale extra-testuale al quale l'accordo deve rimanere conforme.

I dubbi espressi sul punto da altra parte della dottrina, che ha evidenziato il rischio di attribuire rilievo ermeneutico ad un'intenzione solo presumibile del testatore, a scapito dei più elementari principi del formalismo testamentario[37], possono essere superati replicando che, in realtà, è proprio e solo attraverso l'adeguamento che è possibile attuare la volontà del testatore e che, se è stata la sopravvenienza ad impedire l'esecuzione letterale della disposizione testamentaria, questa deve comunque essere connotata da margini di «erroneità» documentati dalla sua stessa formulazione, restando solo da verificare - all'esito di un percorso teorico-concettuale che esula dai limiti del presente contributo e che da tempo si è avviato nell'esperienza giuridica tedesca - se il requisito formale appena evocato debba tradursi nella necessità di provare l'esistenza di un accenno letterale all'adeguamento

la legataria con l'usufrutto sulla casa adibita a residenza familiare, a nulla rilevando che questa specificazione non fosse stata operata nel testamento. Sull'intera vicenda, cfr. A.M. Benedetti, S. Pagliantini, *Le stagioni dell'invalidità testamentaria: lo scenario in atto*, in *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, cit., p. XIX s.; R. Franco, *Revoca del legato mediante alienazione e interpretazione della volontà*, Napoli, 2014, spec. p. 90 ss.; e, per una riaffermazione delle posizioni più tradizionali tese a limitare il disposto dell'art. 686, ult. c., c.c. ai soli casi in cui emerga l'intenzione del testatore di intendere il legato come di cosa altrui, R. Lenzi, *L'alienazione della cosa legata tra indici legali di caducazione e teorie volontaristiche*, in *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, cit., p. 179 ss.; G D'Amico, *Revocazione delle disposizioni testamentarie e disciplina applicabile*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 69 ss.

[37] Cfr. A. Trabucchi, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà,* cit., p. 579 ss., spec. p. 581 s.; R. Scognamiglio, *Il diritto di accrescimento nelle successioni per causa di morte*, Milano, 1953, p. 122 s.; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà,* cit., p. 185 s.; V. Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico,* cit., p. 250 s.; E. Perego, *Favor legis e testamento,* cit., Milano, 1970, p. 155 s.; L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, I, cit., p. 236 s.; L. Gardani Contursi-Lisi, *Dell'istituzione di erede e dei legati. Disposizioni generali*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1983, p. 61 ss.; L. Mengoni, *Interpretazione del negozio e teoria del linguaggio (note sull'art. 625 c.c.),* cit., p. 585 s.; M.C. Tatarano, *Il testamento,* cit., p. 83; S. Delle Monache, *Testamento,* cit., p. 188 ss.; S. D'Andrea, *L'istituzione d'erede*, cit., p. 217 s.; S. Pagliantini, *I vizi della volontà testamentaria*, cit., p. 26 s.; Id., *Le invalidità*, cit., p. 935; Id., *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, cit., p. 74 s.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, II, 2, cit., p. 388 s.

indotto dal materiale extra-testuale[38] o, al contrario, se sia a tal fine sufficiente evocare l'oggettiva difformità tra il *dictum*, la motivazione espressa e la realtà riscontrabile al momento dell'esecuzione[39].

[38] Cfr. A. Manigk, *Irrtum und Auslegung. Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung*, Berlin, 1918, p. 201 s., testo e nota 2; H. Foer, *Die Berücksichtigung des Willens des Testators bei der Auslegung mehrdeutiger Verfügengen von Todes wegen*, in *AcP*, (153) 1954, p. 492 ss.; V. Picenoni, *Die Auslegung von Testament und Erbvertrag*, Zürich, 1955, p. 70 ss.; L. Enneccerus e H.C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Eine Lehrbuch*, II, 15ª ed., Tübingen, 1959, p. 1249 ss.; A. Lüderitz, *Auslegung von Rechtsgeschäften. Vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts*, Karlsruhe, 1966, p. 180 ss.; I. Scherer, *Andeutungsformel und* falsa demonstratio *beim formbedürftigen Rechtsgeschäft in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs*, Berlin, 1987, p. 73 ss.; J.F. Stagl, *Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten. Die Andeutungstheorie im Testamentsrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz*, 2ª ed., Wien, 2005, p. 12 ss.; C.-H. Horn, *Testamentsauslegung. Strategien bei unklaren letztwilligen Verfügungen,* cit., p. 13 ss.; RG, 11.3.1909, n. IV 304/08, in *RGZ*, (70) 1909, p. 391 ss.; RG, 5.1.1911, n. IV 332/10, in *JW*, 1911, p. 220 s.; RG, 3.4.1911, n. IV 285/10, *ibidem*, p. 544 s.; RG, 3.5.1913, n. IV 485/12, *ibidem*, 1913, p. 869 s.; RG, 18.1.1915, n. IV 223/14, in *SeuffArch.*, (70) 1915, p. 445 s.; BGH, 22.2.1956, n. IV 478/55, in *LM*, 1956, *sub* § 2084 BGB, n. 7; BGH, 4.12.1969, n. III 229/69, in *WM*, 1970, p. 221 s.; BGH, 9.4.1981, n. IV a ZB 4/80, in *BGHZ*, (80) 1981, p. 242 ss.; BGH, 9.4.1981, n. IV a ZB 6/80, *ibidem*, p. 246 ss.; BayObLG, 16.5.1988, 1 Z 47/87, in *NJW*, 1988, p. 2744 s.; BGH, 16.7.1997, n. IV ZR 356/96, in *NJWEF-ER*, 1997, p. 257; OLG Koblenz, 14.6.2010, in *MittBayNot*, 2010, p. 484 ss.; OLG München, 11.12.2014, in *BWNotZ*, 2015, p. 20 s.

[39] Cfr. H. Brox, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung. Ein Beitrag zur Lehre von den Willenserklärung und deren Auslegung*, Karlsruhe, 1960, p. 136 ss.; Id., *Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie*, in *JA*, 1984, p. 549 ss.; W. Flume, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hunderjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, im Auftrage der ständigen Deputation des deutschen Juristentages herausgegeben von E. von Caemmerer, E. Friesenhahn, R. Lange, I, Karlsruhe, 1960, p. 190 ss.; Id., *Testamentsauslegung bei Falschbezeichnung*, in *NJW*, 1983, p. 2007 ss.; L. Häsemeyer, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte*, Frankfurt am Main, 1971, p. 145 ss.; K-H. Bernard, *Formbedürftige Rechtsgeschäfte. Inhaltsermittlung, Umfang und Fassung der Urkundenerklärung*, Berlin, 1979, p. 27 ss.; H. Glaus, *Irrtumsanfechtung und Auslegung beim Testament. Eine Analyse des schweizerischen Rechts unter Mitberücksichtingung der deutschen und der französischen Rechtsordnung*, Zürich, 1982, p. 61 ss.; R. Schimmel, *Zur Auslegung von Willenserklärungen*, in *JA*, 1998, p. 981; H.-J. Musielak, *Zum Verhältnis von Wille und Erklärung. Eine auseinandersetzung mit dem Tatbestand der Willenserklärung*, in *AcP*, (213) 2013, p. 769 ss.; R. Minwegen, *Die Andeutungstheorie im Erbrecht und die Anwaltshaftung*, in *FuR*, 2013, p. 86 ss.; H. Brox e W.-D. Walker, *Erbrecht*, 26ª ed., München, 2014, p. 120 ss. e p. 138 ss.

5. *Rapporti con l'accordo d'interpretazione del contratto*

Quanto appena evidenziato legittima a ripensare criticamente all'affermazione secondo la quale la liceità dell'accordo d'interpretazione del testamento dovrebbe essere subordinata all'ambiguità o incertezza della formulazione letterale della disposizione oggetto dell'accertamento convenzionale.

Essa, infatti, costituisce espressione di un comune approccio metodologico, diretto all'estensione all'ambito testamentario - quasi sempre, senza alcun temperamento o correttivo - delle risultanze affermatesi con riguardo al contratto.

È in particolare noto che, secondo un costante orientamento, l'assenza di una regolamentazione espressa dell'interpretazione del testamento permetterebbe di applicare, sia pure nei limiti della compatibilità e in via analogica, gli artt. 1362 ss. c.c.[40], sicché è parso agevole concludere che,

[40] Cfr. A. Gallo, *Limiti dell'applicabilità al testamento delle norme riguardanti il contratto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, III, p. 544 s.; F. Carresi, *In tema di interpretazione del testamento*, in *Foro civ.*, 1954, p. 53; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., p. 168 ss.; M. Allara, *Principi di diritto testamentario*, cit., p. 178; E. Perego, *Interpretazione del testamento e norme sull'interpretazione dei contratti*, in *Foro pad.*, 1970, I, c. 547; F. Ziccardi, *Le norme interpretative speciali*, cit., p. 80 ss.; B. Grasso, *Appunti sull'interpretazione giuridica*, Camerino, 1974, p. 49 e p. 52 s.; V. Scalisi, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente,* cit., p. 200 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Il testamento,* I, cit., p. 171 ss.; R. Triola, *L'interpretazione del testamento*, in *Riv. not.*, 1978, p. 1008 ss.; G. Branca, *Dei testamenti ordinari,* cit., p. 27 ss.; F. Galgano, *Un testamento per sette fratelli*, in *Vita not.*, 1988, p. 7 ss.; L. Costanzo, *L'interpretazione del testamento attraverso le norme sull'interpretazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 3185 ss.; U. Salvestroni, *«Progetto» di testamento, «minuta» di contratto e interpretazione dell'intento negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 577 ss.; e in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, I, Milano, 1998, p. 793 ss.; S. Pagliantini, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, cit., p. 34 ss., spec. nt. 41; S. Delle Monache, *Testamento,* cit., p. 178 ss.; C. Coppola, *L'interpretazione del testamento epistolare*, in *Fam. pers. e succ.*, 2005, p. 33 ss.; G. Musolino, *L'interpretazione del testamento tra regole generali e criteri peculiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 467 ss.; V. Fedeli, *Gli usi e l'interpretazione del testamento: i modelli francese e italiano a confronto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 215 ss.; R. Calvo, *L'interpretazione e l'integrazione della volontà*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, II, cit., p. 1044 s. Ma, per una puntuale indicazione delle ragioni che rendono più proficuo un approccio metodologico teso a valorizzare le differenze tra contratto e testamento, cfr. anche P. Rescigno, *Interpretazione del testamento,* cit., p. 1 ss.; Id., *Presentazione*, in S. Pagliantini, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, cit, p. XIX s.; e, con il titolo *Causa e motivi del testamento*, in Id., *Per una biblioteca di diritto privato (la seconda metà del Novecento)*, testi riordinati da V. Cuffaro, Napoli, 2003, p. 1066 s.; V. Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico,* cit.,

poiché un accordo d'interpretazione del contratto è comunemente ritenuto lecito e idoneo a produrre gli effetti dell'accertamento convenzionale quando appunto si rivolge ad una disposizione letteralmente incerta, ad esiti pressoché identici si dovrebbe pervenire anche in ambito testamentario[41].

Si è così omesso di considerare che, dal punto di vista soggettivo, le due tipologie di accordi divergono sensibilmente.

Mentre infatti l'accordo d'interpretazione di un contratto deve necessariamente essere perfezionato - dopo la stipulazione - dai medesimi soggetti che, avendo dato vita al contratto, intendono congiuntamente precisarne meglio la portata dispositiva[42], l'accordo d'interpretazione di un

p. 325 s.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 329 s.; Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 428 s.; N. Lipari, *Autonomia privata e testamento,* cit., p. 50 ss. e p. 350 ss.; Id., *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 801 s.; e in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 12 s.; N. Irti, *Testo e contesto*, cit., p. 136; R. Carleo, *L'interpretazione del testamento*, in N. Irti (a cura di), *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Padova, 2000, p. 540 ss.; Id., *L'interpretazione del testamento*, in *Tratt. Bonilini*, II, cit., p. 1475 ss.; G. Perlingieri, *Negozio illecito e negozio illegale. Un'incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, p. 32 ss.; Id., *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 273 ss.; Id., *L'«errore sul motivo» nel testamento. Ancora sulla rilevanza del testo per l'individuazione dei vizi di invalidità negli atti di liberalità*, *ibidem*, 2008, p. 867 ss.; Id., *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. e fam.*, 2016, p. 119 ss.; e in Aa. Vv. (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, II, Napoli, 2017, p. 1605 ss.; V. Barba, *Istituzione* ex *re certa e divisione fatta dal testatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 55 ss.; Id., *Le disposizioni testamentarie*, in *Le disposizioni testamentarie*, cit., p. 1 ss.; Id., *La nozione di disposizione testamentaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 963 ss.; Id., *Dal contratto al testamento. Variazioni critiche sull'istituzione di erede condizionata all'assistenza del testatore, per tutta la sua vita, e sull'istituzione di erede sottoposta ad una condizione dipendente dalla volontà del testatore*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, p. 150 ss.; Id., *Tipicità, patrimonialità, interessi del testatore*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, *Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016 – Genova, 27 maggio 2016 – Vicenza, 1 luglio 2016*, Milano, 2016, p. 13 ss.; Id., *Il legato di* facultas alternativa *nel pensiero di Mario Allara*, in *Dir. succ. e fam.*, 2016, p. 971 s., testo e nota 49; Id., *Interessi «post mortem» tra «testamento» e «altri atti di ultima volontà»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 319 ss.; Id., *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 299 ss.; e in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 181 ss.

[41] Cfr. S. Delle Monache, *Accertamento negoziale e conferma di disposizioni testamentarie nulle*, cit., p. 403 s.; P. Criscuoli, *Negozio di accertamento e volontà del testatore,* cit., p. 315 ss.; S. Pagliantini, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, cit., p. 45 ss.

[42] Un accordo diretto ad individuare il significato di espressioni che saranno utilizzate in un successivo contratto ancora da perfezionare, ove non assuma genericamente il ruolo di mero preambolo del contratto stesso, deve comunque essere inteso come materiale ermeneutico, cioè come espressione di un comportamento tenuto dai contraenti prima

testamento non può che essere rivolto a fatti e situazioni non direttamente riferibili ai contraenti, in quanto collegate alla manifestazione di volontà di un soggetto che ha ormai affidato alla scheda testamentaria il compito di regolare la propria vicenda successoria.

In ambito contrattuale, la necessità di limitare l'operatività dell'accordo d'interpretazione alle sole disposizioni letteralmente incerte costituisce coerente corollario applicativo della funzione di accertamento che si attribuisce all'accordo stesso: ove il medesimo avesse riguardo a disposizioni univocamente formulate e non presentasse alcun margine di innovatività, esso assumerebbe infatti contorni ripetitivi e dunque dovrebbe essere valutato come irrilevante; al contrario, ove mirasse all'innovazione, non potrebbe più essere considerato preclusivo e dunque si esporrebbe ad una qualificazione del tutto distinta, assumendo contorni modificativi o estintivi[43].

della stipulazione e, in quanto tale, idoneo ad incidere sull'interpretazione del contratto ai sensi dell'art. 1362, 2° c., c.c., ma inidoneo a vincolare realmente le parti in ordine al significato in esso condiviso: cfr. N. Irti, *Testo e contesto,* cit., p. 33 ss.; G. Fonsi, *Le clausole interpretative dei negozi giuridici*, in *Vita not.*, 1992, p. 1374 ss.; V. Pescatore, *Cessione del contratto e interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 601 s.; A. Crivellaro, *La rilevanza dei preamboli nell'interpretazione dei contratti internazionali*, in *Dir. comm. internaz.*, 2001, p. 777 ss.; M. Bianchi, *Alcuni commenti di un pratico sul rapporto tra tecniche di redazione e prevenzione delle controversie nei contratti internazionali (ovvero di un certo qual «strabismo» dei giuristi di* civil law*)*, in *Contr. e impr. Europa*, 2003, p. 76 ss.; M. Proto, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Milano, 2004, p. 198 s.; F. Ferro-Luzzi, *Del preambolo del contratto. Valore ed efficacia del «premesso che» nel documento negoziale*, Padova, 2004, p. 25 ss.; M. Onorato, *L'accordo d'interpretazione*, Milano, 2009, p. 1 ss.; C. Granelli, *L'interpretazione come oggetto del contratto: gli accordi di interpretazione e gli accordi sull'interpretazione del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 647 s.; L. Bigliazzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, rist. con prefazione, note di aggiornamento e bibliografia di V. Calderai, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2013, p. 156 ss.; M. Maggiolo, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 867 ss.

[43] Cfr., nonostante la diversità di opinioni in merito all'efficacia dell'accordo, C. Furno, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, p. 216 ss.; N. Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 55 ss., spec. p. 59 s.; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 189 s., p. 220 e p. 259; G. Liotta, *Interpretazione del contratto e comportamento complessivo delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 988 s.; A. Gentili, *L'interpretazione autentica del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1096 ss.; Id., *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, in *Tecnica*, II, Torino, 2015, p. 450 ss.; F. Volpe, *L'interpretazione autentica del contratto tra esigenze di accertamento e principio di conservazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 583 ss.; S. Ruperto, *Gli atti con funzione transattiva,* cit., p. 646 s.; M. Proto, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, cit., p. 196 ss.; M. Onorato, *L'accordo d'interpretazione,* cit., p. 82 ss.; Id., *Clausola di significazione*, in M. Confortini (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Torino, 2017, p. 1511 ss.; C. Granelli, *L'interpretazione come oggetto del contratto: gli accordi di interpretazione e gli*

Tali rilievi non possono essere incondizionatamente riproposti in ambito testamentario.

L'accertamento convenzionale di un'interpretazione conforme alla formulazione letterale di una disposizione che si assume univoca non potrebbe mai essere qualificato come mera «ripetizione» del testamento, non solo perché a compierla non sarebbe più il testatore, ma anche e soprattutto perché potrebbe mirare ad escludere la presenza di un materiale extra-testuale suscettibile di alterare *ex* art. 625 c.c. la portata precettiva della disposizione letteralmente intesa, sicché la negazione dei suoi effetti non potrebbe essere fondata su una sua pretesa irrilevanza giuridica, ma dovrebbe passare dalla dimostrazione del fatto che l'interpretazione letterale condivisa dai contraenti non corrisponde alla «reale» intenzione del testatore.

Di converso, la volontà di «innovare» la portata precettiva della disposizione testamentaria superandone una formulazione letterale univoca non produrrebbe necessariamente esiti incompatibili con la funzione preclusiva dell'accertamento, a misura che quest'ultimo si limitasse, nel caso di specie, ad attribuire rilevanza ermeneutica a materiale extra-testuale capace, contestualmente, di sollevare un dubbio non immediatamente rilevabile dall'analisi letterale e di indicarne la soluzione.

Anche in tal caso, l'accordo non potrebbe dirsi ammissibile solo laddove l'«innovazione» assumesse contorni tali da tradursi nel superamento della «reale» intenzione del testatore, il che, tuttavia, comporta la dimostrazione non tanto dell'assenza di un dubbio ermeneutico, bensì della violazione di una norma imperativa quale è appunto l'art. 625 c.c. e della conseguente nullità del contratto d'interpretazione *ex* art. 1418, 1° c., c.c.

L'«incertezza» testamentaria, in altri termini, non può essere ricostruita ed accertata con gli stessi strumenti ermeneutici impiegati in ambito contrattuale e, segnatamente, con l'impiego in via esclusiva o prevalente del canone letterale, perché potrebbe essere correlata a fatti e circostanze non immediatamente desumibili dalla formulazione della scheda e causalmente riferiti a materiale extra-testuale la cui rilevanza non può essere confutata proprio in ragione della disciplina specificamente dedicata all'interpretazione del testamento.

Ne deriva una significativa riformulazione dell'apparato argomentativo diretto a fondare la liceità dell'accordo in esame.

Non si deve solo ribadire che non si riscontrano disposizione imperative capaci di attribuire al giudice la legittimazione esclusiva nell'interpretazione

accordi sull'interpretazione del contratto, cit., p. 868 ss.; Id., *Riproduzione e rinnovazione del contratto,* cit., p. 868 s.

del testamento e che il riconoscimento della possibilità per i coeredi testamentari di delegare ad un arbitrato, anche irrituale, il compito di risolvere la controversia tra loro insorta in ordine all'interpretazione della scheda legittimerebbe altresì ad ammettere che gli stessi soggetti possano, in via preventiva, depotenziare o ridurre il rischio dell'attivazione di una lunga, incerta e costosa controversia giudiziaria, affidando la regolamentazione dei loro rapporti ad un accordo diretto ad impedire loro, in un secondo momento, di rimettere in discussione la ricostruzione del *dictum* originariamente condivisa[44].

Si deve altresì evidenziare che il perfezionamento dell'accordo d'interpretazione costituisce esercizio di una situazione giuridica soggettiva che, non potendosi identificare con il diritto di testare attribuito in via esclusiva al *de cuius*, presuppone il valido e definitivo compimento della vicenda successoria, la cui fonte continua ad essere rappresentata dal testamento.

Per affermare la liceità dell'accordo in esame, in altri termini, non si deve solo sottolineare la meritevolezza dell'interesse diretto a prevenire il sorgere di una lite e ad affidare all'esercizio dell'autonomia privata compiti e funzioni

[44] Cfr. S. Delle Monache, *Accertamento negoziale e conferma di disposizioni testamentarie nulle*, cit., p. 404 s.; P. Criscuoli, *Negozio di accertamento e volontà del testatore*, cit., p. 317 s.; S. Pagliantini, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo,* cit., p. 24 ss. e p. 51 ss.; e, con più ampio riferimento all'incidenza che l'irragionevole durata della controversia può avere sull'attuazione della volontà del testatore, T. dalla Massara, C. Consolo, *Libertà testamentaria, protezione dei figli e deflazione delle liti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 269 ss.; e in C. Consolo, *Passeggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale*, cit., p. 316 ss.; nonché, per la devoluzione ad arbitri delle controversie successorie, G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e soluzione delle controversie in via arbitrale*, in *Contr.*, 1999, p. 630 ss.; in *Diritto privato*, IV, cit., p. 119 ss.; Id., *La disposizione arbitrale*, in *Tratt. Bonilini*, II, cit., p. 887 ss.; Id., *Le disposizioni aventi ad oggetto la soluzione arbitrale delle controversie successorie*, in *Le disposizioni testamentarie*, cit., p. 423 ss.; F. Festi, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 38 ss.; Id., *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 809 ss.; F. Padovini, *Testamento e arbitrato*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 106 ss.; e in L. Ruggeri, L. Mezzasoma (a cura di), *L'arbitro nella moderna giustizia arbitrale*, Napoli, 2013, p. 63 ss.; A. Sassi, *Testamento e garanzie giurisdizionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1414 ss.; P. Perlingieri, *Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 658 ss.; Id., *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 589; A. Tartaglia Polcini, *Il lodo rituale come «atto di giustizia». Riflessioni sulla funzione dei cosiddetti modelli arbitrali a garanzia del giusto processo*, in *Corti fiorentine*, 2015, p. 26 ss.; G. Perlingieri, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 485 s.; in *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Napoli, 2016, p. 411 ss.; in F. Lazzarelli (a cura di), *Studi di diritto notarile,* Napoli, 2017, p. 151 ss.

altrimenti svolte in via esclusiva dall'autorità giudiziaria, ma occorre anche chiarire che i contraenti esercitano - lecitamente - una situazione giuridica soggettiva già a loro attribuita dal testamento, cioè si limitano ad usare una facoltà insita nell'istituzione ad erede (previamente accettata) o nel legato (non rifiutato) loro riconosciuto dalla disposizione interpretata: quella di eseguire la disposizione stessa, rappresentandosene compiutamente gli esiti.

A tal stregua, diviene tutto sommato inutile verificare se l'accordo d'interpretazione di un testamento abbia solo efficacia «preclusiva» o, al contrario, riveli una specifica componente «dispositiva» che lo allontana dal *genus* del negozio di accertamento: occorre piuttosto intendersi sulla reale - e limitata - portata «dispositiva» eventualmente riconoscibile a questo accordo.

Il dibattito sul punto sviluppatosi in dottrina in ordine all'accordo d'interpretazione del contratto, infatti, muove dall'idea secondo le quale, stante il potere dei privati di modificare l'assetto contrattuale già perfezionato, ogni qual volta l'interpretazione prospettata nell'accordo si riveli difforme rispetto a quella deducibile dall'impiego degli ordinari canoni ermeneutici, l'accordo stesso perderebbe ogni utilità se fosse ancora possibile legittimare l'interpretazione da esso respinta[45].

Per superare questo problema, è inevitabile chiarire se l'effetto preclusivo tradizionalmente collegato all'accertamento possa estendersi anche a questo ordine di modificazione o se, al contrario, al medesimo scopo sia più coerente affidarsi ad un'efficacia di natura dispositiva e ciò impone, più ampiamente, di prendere posizione sulla stessa categoria concettuale dell'efficacia preclusiva, così da divenire specifica manifestazione di una più ampia questione problematica: quella concernente la stessa riconducibilità all'autonomia privata del potere di conferire «certezza» ad una data situazione giuridica[46].

[45] Cfr. M. Giorgianni, *Il negozio d'accertamento*, cit., p. 191 s.; N. Irti, *La ripetizione del negozio giuridico,* cit., p. 59 s.; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 125 s.; F. Carresi, *Accertamento e interpretazione del contratto*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, 1, Milano, 1991, p. 145 ss.; Id., *Dell'interpretazione del contratto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, p. 45 ss.; L. Bigliazzi Geri, *L'interpretazione. Appunti dalle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994, p. 32 e p. 251; Id., *L'interpretazione del contratto*, cit., p. 136 ss.; L. Bozzi, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, p. 119 ss.; A. Gentili, *L'interpretazione autentica del contratto*, cit., p. 974 ss.; Id., *Senso e consenso*, II, cit., p. 454, testo e nota 218; Id., *Autonomia privata e potere di accertamento*, cit., p. 1377 s.; S. Ruperto, *Gli atti con funzione transattiva,* cit., p. 540 ss.; M. Onorato, *L'accordo d'interpretazione*, cit., p. 22 ss. e p. 117 ss.; C. Granelli, *L'interpretazione come oggetto del contratto: gli accordi di interpretazione e gli accordi sull'interpretazione del contratto,* cit., p. 867 ss.

[46] Cfr., anche per ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali, F. Santoro-Passarelli,

Lo specifico angolo visuale qui prescelto esonera dal prendere posizione su questi temi perché il diritto testamentario risolve espressamente quanto per l'area contrattuale continua a formare oggetto di dibattito, cioè detta norme imperative che, imponendo in ogni caso di far prevalere la «reale» intenzione del testatore, impediscono all'autonomia privata di regolare la successione in modo difforme rispetto a quanto indicato nel testamento e le consentono esclusivamente di esplicitare - in questo limitato senso con finalità di natura «preclusiva» - quanto i soggetti interessati hanno inteso rappresentarsi in ordine ai contenuti della scheda[47].

L'accertamento negoziale e la transazione, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1 ss.; Id., *Saggi di diritto civile*, cit., I, p. 303 ss.; Id., *La transazione*, 2ª ed., Napoli, 1975, p. 21 ss.; A. Falzea, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 205 ss.; Id., voce *Efficacia giuridica*, *ibidem*, XIV, Milano, 1965, spec. p. 499 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 197 ss. e p. 167 ss.); G. Tamburrino, *Considerazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di Ernesto Eula*, Milano, 1957, p. 465 ss.; L. Puccini, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, p. 25 ss.; R. Corrado, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Noviss. D. I.*, XI, Torino, 1965, p. 196 ss.; A. Lener, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Roma, 1970, p. 15 ss.; E. Minervini, *Il problema dell'individuazione del «negozio di accertamento»*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 620 ss.; Id., *Il negozio di accertamento*, cit., p. 185 ss.; M. Di Paolo, voce *Negozio di accertamento*, in *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 54 ss.; L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996, p. 1 ss.; F. Gambino, *La poten ziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e le teorie della forma*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1295 ss.; L. Bozzi, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, cit., p. 52 ss.; S. D'Andrea, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, cit., p. 36 ss.; S. Ruperto, *Gli atti con funzione transattiva,* cit., p. 505 ss.; M. Fornaciari, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, p. 85 ss.; Id., *Il negozio di accertamento*, cit., p. 3 ss.; R. Fercia, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, *Agg.,* VII, Torino, 2012, p. 32 ss.; A. Gentili, *Autonomia privata e potere di accertamento*, cit., p. 1367 ss.; nonché, con più specifico riferimento alla possibilità di ricorrere alla funzione preclusiva nell'ambito della ricognizione negoziale, C.A. Graziani, *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Milano, 1979, p. 125 ss.; Id., voce *Ricognizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 509 ss.; C. Granelli, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano, 1983, p. 85 ss.; Id., *Riproduzione e rinnovazione del contratto*, Milano, 1988, p. 108 ss.; Id., voce *Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1048 ss.; E. La Rosa, voce *Riconoscimento dei diritti*, *ibidem*, p. 584 ss.; V. Di Gravio, voce *Dichiarazione riproduttiva*, in *Dig. civ.*, V, Torino, 1989, p. 361 ss.; M. Orlandi, voce *Atti ricognitivi (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 2002, p. 1 ss.; Id., *Note sugli atti di ricognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 433 ss.; F. Bottoni, *Ricognizione di diritti reali: vecchi timori e spunti normativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 467 ss.

[47] Cfr., nella giurisprudenza tedesca, concorde nell'evidenziare che il valido perfezionamento di un accordo d'interpretazione del testamento non può, dal punto di vista probatorio, legittimare il giudice a dare per certa l'effettiva esistenza dell'istituzione ad erede ivi

Anche laddove, dunque, si riconoscesse all'accordo d'interpretazione una portata «dispositiva», esso non potrebbe in alcun modo incidere sulla fonte testamentaria della successione. Preso atto che rimarrebbe sempre possibile dimostrarne l'invalidità a causa della sua divergenza rispetto agli esiti ermeneutici collegati all'individuazione della «reale» intenzione del testatore, ai contraenti non è neppure possibile riconoscere la facoltà di sottrarsi alla successione, evidenziando di averne accettati gli esiti solo alle condizioni espresse nel contratto, perché, altrimenti, s'incorrerebbe in un'evidente violazione del combinato disposto degli artt. 475, 2° c., e 482 c.c., che, impedendo di imporre condizioni all'accettazione dell'eredità o di impugnarla per errore, rendono a tal fine irrilevanti le eventuali determinazioni contenute nell'accordo e rivelatesi difformi rispetto all'interpretazione del testamento[48].

richiamata, ORG, 19 novembre 1957, n. ORG/III/629, in *WM*, 1958, p. 81 ss.; LG Freiburg, 3 novembre 1978, n. 4T 51/78, in *BWNotZ*, 1979, p. 67 ss.; BayObLG, 14 luglio 1997, n. 1Z BR 39/97, in *NJW-RR*, 1997, p. 1368; e in *ZEV*, 1997, p. 461 ss., con nota di G. Otte; OLG München, 15 novembre 2012, n. 34 WX 417/12, in *FamRZ*, 2013, p. 1071 s.; e in *DNotZ*, 2013, p. 134.

[48] Ciò non toglie che si possano svolgere ulteriori e più penetranti critiche nei confronti della stessa finalità dell'«accertamento convenzionale», cioè della sua idoneità a superare realmente lo stato d'incertezza che giustifica il perfezionamento del relativo negozio: è sufficiente richiamare, sul punto, quanto, con il consueto rigore terminologico, denuncia A. Gentili, *Autonomia privata e potere di accertamento,* cit., p. 1371 s., secondo il quale ogni negozio di accertamento non può approdare alla «conoscenza sicura del vero … per duplice ragione. La prima è l'incongruità dell'oggetto: si accerta il vero; ma le situazioni giuridiche soggettive, che con il negozio si vorrebbe accertare, sono diritti e obblighi, e i diritti e obblighi non sono né veri né falsi. L'"accertamento" qui non è constatazione ma valutazione: espresso con parole proprie non suonerebbe "constato che tu hai il diritto/che io ho il dovere", ma "considero inoppugnabile la tua pretesa/il mio obbligo". La seconda è l'incongruità dello strumento. Perché delle due l'una. O il negozio che "accerta" vale se conforme alla situazione accertata, ma allora bisogna tornare a guardare a questa, e dunque il negozio non accerta: è inutile. O vale anche se difforme dalla situazione accertata, ed allora il negozio dà sicurezza ma non è accertamento neppure quando conforme: è altro. La giurisprudenza neppure si pone il problema. La nostra dottrina è separatamente conscia di queste due inconfutabili argomentazioni, ma non le mette insieme. Se lo facesse, farebbe esplodere la contraddizione e condannerebbe per sempre una delle categorie concettuali più improprie mai inventate. Mi pare così sepolta tra i nati morti l'infelice categoria del negozio di "accertamento" ("accertamento"?) ad opera dei privati».

6. *Incidenza del principio autoritativo nell'individuazione dei soggetti legittimati al perfezionamento dell'accordo*

Le considerazioni appena svolte si riflettono altresì sull'individuazione dei soggetti legittimati al perfezionamento dell'accordo d'interpretazione di un testamento.

Anche in ordine a questo profilo, si registra un'acritica estensione all'ambito testamentario dei rilievi comunemente svolti per l'accordo d'interpretazione di un contratto e, segnatamente, il riconoscimento della necessità che l'accordo sia perfezionato da tutti i soggetti indicati nella disposizione testamentaria, pena, altrimenti, una sua inefficacia[49].

Non si può dubitare dell'esattezza di tale rilievo limitatamente all'accordo d'interpretazione di un contratto: la ricostruzione di quest'ultimo unilateralmente resa da un contraente senza la condivisione degli altri assumerebbe, infatti, i contorni della mera pretesa o tutt'al più di una proposta modificativa o estintiva inidonea a ridefinire i contorni di vincolatività dell'atto già perfezionato e potenzialmente destinata a rivelare la sussistenza di un vero e proprio inadempimento, ad esempio laddove si traduca nell'inserimento di condizioni in ordine all'esecuzione della prestazione dovuta non corrispondenti a quelle previste dal contratto[50].

In ambito testamentario, tuttavia, l'oggetto dell'accertamento è rappresentato da un fatto storico non direttamente riferibile ad entrambi i contraenti, sicché anche uno solo dei soggetti indicati nella disposizione interpretata potrebbe precludersi la possibilità di prospettare interpretazioni difformi da quella da esso dichiarata indipendentemente dal fatto che gli altri non l'abbiano condivisa[51].

Non si è peraltro finora dedicata attenzione all'incidenza che il principio di autorità connesso alla disciplina della comunione ereditaria potrebbe avere nel tema in esame.

---

[49] Cfr. P. Criscuoli, *Negozio di accertamento e volontà del testatore,* cit., p. 318 s.; S. Pagliantini, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, cit., p. 56 s.

[50] Sia consentito il rinvio ad A. Venturelli, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, spec. p. 105 ss.

[51] La questione s'intreccia evidentemente con quella concernente la legittimità di un accertamento per atto unilaterale, pacificamente ammesso dalla giurisprudenza: cfr. Cass., 6 maggio 1980, n. 2976, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 253 ss.; Cass., 6 novembre 1981, n. 5857, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 63; Cass., 20 maggio 2004, n. 9651, cit.; e, in dottrina, P. Nicolini Caniato, *Appunti sul negozio di accertamento unilaterale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 172 ss.; A. Gentili, *Autonomia privata e potere di accertamento*, cit., p. 1369 s.

Si pensi, in particolare, al caso regolato dall'art. 719 c.c., che autorizza la maggioranza dei coeredi a decidere - con effetto vincolante anche per tutti gli altri - la vendita forzata di alcuni beni dell'eredità per pagare i debiti della stessa. La disposizione, invero, introduce una rigida sequenza procedimentale, incentrata, da un lato, sulla valutazione della «necessità» della vendita - affidata alla maggioranza dei coeredi - e dall'altro lato sulla possibilità di impiegare a tal fine i beni immobili caduti in comunione solo dopo aver accertato l'inidoneità dei mobili al perseguimento del medesimo obiettivo, ferma restando la scelta dei soli immobili «la cui alienazione rechi minor pregiudizio agli interessi dei condividenti»[52].

Fermo dunque restando il riconoscimento del potere della maggioranza di decidere sulla «necessità» della vendita, la minoranza potrebbe opporsi ad una scelta dei beni inidonea a garantire il rispetto della previsione, ma ad esiti difformi potrebbe pervenirsi ove si ammettesse la possibilità per il testatore di introdurre un ordine di alienazione diverso da quello indicato dalla previsione stessa.

A favore di tale possibilità depone un argomento sistematico tratto dall'espresso riconoscimento della facoltà per il testatore, *ex* art. 752 c.c., di ripartire il debito – in deroga alla regola di automatica divisibilità dei debiti ereditari e con valore esclusivamente interno ai rapporti tra condividenti – in modo tale da attribuirne l'obbligo di integrale soddisfazione ad uno solo degli eredi o ad alcuni tra essi[53].

[52] L'analisi ancora oggi più completa della previsione rimane quella di G. Iudica, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 213 ss.

[53] Cfr. G. Azzariti, voce *Debiti ereditari*, in *Nss. D. I.*, V, Torino, 1960, p. 182 s.; V.R. Casulli, voce *Divisione ereditaria (diritto civile)*, *ibidem*, VI, Torino, 1960, p. 52 s.; F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 253 s.; A. Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. Vassalli*, XII, 5, Torino, 1980, p. 11 e p. 185 ss.; G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, 2ª ed., Milano, 1980, p. 286 s.; R. Padula, *Debiti e pesi ereditari: profili di derogabilità al principio della divisione ipso iure e pro quota*, in *Vita not.*, 1990, p. 307 ss.; P. Forchielli, F. Angeloni, *Della divisione*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, 2ª ed., Bologna-Roma, 2000, p. 670 ss.; A. Palazzo, *Le successioni* in *Tratt. Iudica-Zatti*, 2ª ed., II, Milano, 2000, p. 1034 s.; A. Rizzieri, *Sulla derogabilità dell'art. 754 c.c. in tema di pagamento dei debiti ereditari*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 5 ss.; S. Patti, *I debiti*, in *Tratt. Bonilini*, I, cit., p. 459 s.; A. Tullio, *Le disposizioni aventi ad oggetto debiti*, in *Le disposizioni testamentarie*, cit., p. 265 ss.; S. Delle Monache, *Limiti negoziali alla divisibilità dell'obbligazione fra gli eredi del debitore*, in P. Perlingieri, S. Polidori (a cura di), *Domenico Rubino*, I, Napoli, 2009, p. 411 ss.; S. Pagliantini, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo,* cit., p. 15 ss.; nonché, all'interno di una rilettura critica del dogma del frazionamento del debito ereditario che ne impedirebbe la caduta in comunione, L. Bullo, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur. Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*,

Se quest'ultima disposizione si accompagnasse ad un'*institutio ex re certa*, essa avrebbe indirettamente l'effetto di far ricadere il debito sui beni indicati nella disposizione, cioè di porre l'obbligato nella condizione di usare il valore di questi ultimi per adempiere all'obbligazione, eventualmente previa alienazione forzata degli stessi e ciò legittima a concludere che il testatore possa altresì decidere di indicare analiticamente quali beni i coeredi possano alienare prioritariamente per il soddisfacimento dei debiti, delineando un ordine che i coeredi dovranno seguire ove dovessero liberamente decidere di ricorrere all'alienazione *ex* art. 719 c.c.

Un accordo d'interpretazione della disposizione testamentaria da ultimo evocata diretto alla specificazione dei beni da essa indicati potrebbe essere validamente perfezionato dalla maggioranza indicata dall'art. 719 c.c. e spiegherebbe i suoi effetti vincolanti anche nei confronti della minoranza proprio e solo in ragione della norma da ultimo richiamata.

Più in generale, ove la disposizione testamentaria sia diretta ad introdurre un regolamento privato - ad esempio, mediante l'indicazione analitica delle modalità di godimento o dell'amministrazione di un bene lasciato in comunione a più eredi o dell'ordine di ripartizione delle relative spese[54] - il principio maggioritario evocato dagli artt. 1102 ss. c.c. potrebbe essere esteso anche all'accordo d'interpretazione volto ad indicare quale significato i comproprietari intendano attribuire alla volontà del testatore.

Nel caso da ultimo ipotizzato, infatti, occorre distinguere l'efficacia «dispositiva» della clausola testamentaria, inevitabilmente subordinata all'accettazione dell'eredità o al mancato rifiuto del legato da parte di ciascun comproprietario, dall'efficacia «preclusiva» dell'accordo d'interpretazione, il quale, proprio perché è giustificato dalla liceità dell'esercizio del diritto attribuito dal testamento, è in grado di rappresentare un atto di esecuzione del regolamento privato, assoggettabile dunque al principio maggioritario, salva, naturalmente, l'ipotesi in cui le conseguenze applicative dell'interpretazione concordata si rivelino incompatibili con i diritti indisponibili attribuiti a ciascun partecipante alla comunione[55].

Padova, 2005, p. 351 ss.

[54] Una puntuale elencazione di tali disposizioni e delle ragioni che inducono a riconoscere la loro incondizionata validità è offerta da V. Barba, *Le disposizioni sull'amministrazione e il godimento dei beni in comunione ereditaria*, in *Le disposizioni testamentarie*, cit., p. 1049 ss.

[55] Non si deve, sul punto, dimenticare che la stessa interpretazione di un regolamento privato, proprio perché destinata a ricostruire il contenuto di un atto nel quale la componente autoritativa prevale sull'esercizio di autonomia privata, non può essere assoggettata integralmente alla ricerca della «comune intenzione» dei contraenti evocata dall'art. 1362 c.c. e a sua volta ispirata ad un principio di unanimità nella formazione dell'atto, ma impone una più articolata elaborazione di canoni ermeneutici di natura

oggettiva, che, attribuendo preminente rilievo alla conoscibilità della regola da parte dei terzi, si mostrino compatibili con il principio maggioritario: cfr. P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 380 ss.; E. del Prato, *I regolamenti privati*, cit., p. 487 ss.; A. Rizzi, *Interpretazione del Contratto*, cit., p. 3 ss. Riesce dunque difficile credere che, ove la medesima interpretazione sia oggetto dell'accertamento compiuto con l'accordo, il principio maggioritario debba incondizionatamente cedere il passo alla regola di unanimità.

I POTERI PRIVATI
NEI RAPPORTI CONTRATTUALI

Tommaso dalla Massara

La determinazione di segmenti contrattuali da parte del terzo attraverso la lente di lettura delle autorità private: un'ipotesi di lavoro in tema di arbitraggio

Sommario: 1. Dopo quarant'anni, gli ulteriori scenari di sviluppo di un'idea – 2. Il potere di determinazione di segmenti contrattuali da parte del terzo – 3. Il profilo del regime rimediale applicabile: art. 1349 c.c. e dintorni – 4. Possibili ulteriori percorsi rimediali a fronte dell'iniqua determinazione del terzo arbitratore – 5. Conclusioni: ovvero l'inizio di un percorso.

1. *Dopo quarant'anni, gli ulteriori scenari di sviluppo di un'idea*

Quarant'anni fa l'opera di Cesare Massimo Bianca sulle autorità private apriva nuovi scenari nella definizione stessa della relazione concettuale tra diritto pubblico e diritto privato, muovendo dall'idea fondamentale secondo la quale autorità e uguaglianza non possono essere assunte a criteri per individuare (e così discernere) i rapporti di natura pubblicistica rispetto a quelli di natura privatistica, se è vero - e il tempo ne ha fornito piena conferma - che esiste il vasto fenomeno delle autorità private, vale a dire una molteplicità di figure contemplate dall'ordinamento nelle quali si dispiega un potere del privato di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni[1].

Le potenzialità di sviluppo di quell'analisi risiedevano anche (o soprattutto) nell'adozione di un punto prospettico che veniva argutamente incentrato sul momento - valorizzato in quanto tale e scrutinato nella sua intima natura - della decisione promanante dal privato.

Nei decenni successivi il dibattito sarebbe poi proseguito arricchendosi di nuove voci, in Italia e oltre confine[2].

[1] Cfr. C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, in specie p. 3 ss.

[2] Con riferimento al dibattito in Italia, basti il rinvio alla monografia di M. Buoncristiano,

L'intuizione contenuta nell'opera del Professore consentiva però di cogliere, ben prima (e quindi al di là) di ogni diversificazione negli esiti del ragionamento di ciascuno, un profilo autenticamente originale del fenomeno reso oggetto di attenzione.

Orbene, sono persuaso che quel medesimo punto prospettico consenta oggi di intravedere ulteriori scenari di sviluppo.

In particolare, credo sia utile chiedersi se la lente di lettura rappresentata dall'idea stessa di autorità privata si presti a interpretare le tante forme determinative di interessi che - in una gamma piuttosto larga, anche a livello di nomenclatura - la tumultuosa creatività degli attori dell'economia contemporanea colloca all'interno della cornice dell'autonomia contrattuale.

Nelle brevi riflessioni che qui di seguito vado a proporre, intendo dunque sperimentare un'indagine che si soffermi su territori di esercizio della decisione privata che appaiono nuovi rispetto a quarant'anni fa (la multiformità della prassi ha subito un'accelerazione allora impensabile), sebbene al contempo assai antiche - come tra breve si vedrà - rimangano le strutture giuridiche di fondo.

In termini molto ampi, è da chiedersi se la determinazione di segmenti contrattuali da parte del terzo possa ritenersi rientrante nella fenomenologia delle autorità private.

Rispetto all'impostazione di Bianca, è da notare che l'attività di decisione di cui si sta parlando appare sempre fondata su base consensuale: le parti contrattuali in effetti liberamente attribuiscono un potere in tal senso al terzo; non si è invece a cospetto di un'attività decisoria esercitata sulla base di una selezione di interessi compiuta *ex ante* dalla legge.

Un paio di ulteriori precisazioni consente di meglio mettere a fuoco il tema.

In primo luogo, l'attività di decisione in parola risulta esercitata per lo più puntuattivamente, in forza di un unico momento di valutazione, dunque senza necessità di reiterazione nel tempo: è questo un aspetto puramente descrittivo, di pura ricorrenza 'statistica' nella prassi, del quale tuttavia è opportuno tenere conto.

Diversamente dalle principali ipotesi di autorità private evocate da Bianca in materia di famiglia, gruppi organizzati, impresa, condominio etc., l'esercizio dell'autorità privata testé delineata si esaurisce di regola *uno actu*, proprio con la determinazione dell'aspetto contrattuale lasciato aperto; benvero, nulla esclude che quella medesima attività possa esprimersi – e

Profili della tutela civile contro i poteri privati, Padova, 1986; in Germania, la vitalità del tema è comprovata dall'attenzione di recente suscitata dalla pubblicazione collettanea F. Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, Tübingen, 2016.

pertanto dilazionarsi nel tempo – in una pluralità di porzioni determinative periodiche.

Così, penso per un verso all'ipotesi in cui al terzo sia per esempio attribuito l'incarico di adeguare l'ammontare di un prezzo alla luce dell'emergere di taluni elementi in sede di *due diligence*, oppure ancora di incidere su un aspetto contrattuale tenendo conto delle sopravvenienze di un certo settore di mercato, ma per altro verso potrebbe anche essere richiesto di ridefinire anno per anno il valore di una fornitura.

In secondo luogo, gli effetti giuridici diretti derivanti da tale attività determinativa sono riferibili a soggetti individuati, non già a una generalità indefinita di rapporti.

Il fenomeno di determinazione di segmenti contrattuali per opera del terzo si caratterizza per il fatto che gli effetti di quella medesima determinazione sono destinati a toccare in modo diretto gli stessi soggetti che al terzo hanno conferito quel potere.

Non si riscontra qui invece una schiera di soggetti potenzialmente indeterminati, come per esempio accade per effetto della contrattazione collettiva condotta da un'associazione sindacale, ancora per attingere alle ipotesi prese in esame da Bianca[3].

Ciò dipende - per così dire - dall'ontologia stessa del fenomeno: il recinto concettuale di riferimento è pur sempre rappresentato dal terreno del contratto, sicché va da sé che ricorra il necessario corollario della relatività dei suoi effetti.

Pur tenendo conto delle peculiarità qui in breve tratteggiate, ritengo che il modello concettuale delle autorità private si presti assai utilmente a fungere da lente di lettura rispetto al fenomeno evocato: quanto intuì il Professore quarant'anni fa ancora fornisce prova della sua bontà ermeneutica.

2. *Il potere di determinazione di segmenti contrattuali da parte del terzo*

Ho appena sottolineato che, nella misura in cui si abbia a che fare con un fenomeno di determinazione di segmenti contrattuali per opera del terzo, la messa in discussione dell'eguaglianza tra privati dipende da un atto di attribuzione di poteri che si fonda non già sul riconoscimento di un interesse ritenuto prevalente *a priori*, come invece nelle evocate ipotesi 'classiche' in materia di famiglia, impresa etc.; al contrario, la costituzione

[3] Si veda C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 39 ss.

di una posizione autoritaria del terzo è edificata per intero su base di autonomia: e ciò vale nel senso più letterale e genuino dell'espressione, ossia nei termini esatti del potere che il privato ha di 'darsi da sé' la norma.

Stante la valenza piuttosto lata con cui anche da parte di Bianca è fatto impiego del termine 'decisione', vale la pena ora di evidenziare quali siano i tratti caratterizzanti dell'assetto d'interessi su cui verrebbe a intervenire una tal quale attività determinativa.

Ebbene:

a) il regolamento negoziale a monte appare non 'completo', nel senso che sono lasciati spazi aperti di determinabilità in un momento successivo, ancorché l'accordo debba ritenersi in sé perfezionato[4];

b) l'attività determinativa del terzo s'inserisce in un contesto che, sebbene possa evidenziare una certa qual tensione di interessi (finanche assumendo la forma di quella che talvolta si denomina controversia 'in senso economico'), non può però dirsi contenzioso.

Considerati i due profili, ci si deve allora orientare a credere che si tratti di un'attività determinativa la quale, in prima battuta, sia da ricondursi alla sfera disciplinare dell'arbitraggio di cui all'art. 1349 c.c.[5].

Per converso, mette conto realizzare un'*actio finium regundorum* rispetto all'ipotesi in cui l'attività decisoria del privato sia da riferirsi a una controversia (in senso giuridico, seppur attuale o potenziale), giacché ovviamente in quest'ultimo caso lo scenario di riferimento risulterebbe non già quello dell'arbitraggio, bensì dell'arbitrato.

Ma, nel concreto, spesso il confine non è così netto.

[4] Sulla relazione tra perfezionamento e completezza del contratto, si veda in specie A. Fici, *Il contratto 'incompleto'*, Torino, 2005, p. 424; D. Valentino, *Il contratto 'incompleto'*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, in specie p. 528 ss. e nt. 74.

[5] Sull'arbitraggio si vedano i contributi monografici di G. Schizzerotto, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967; G. Zuddas, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992; F. Criscuolo, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995; A. Barenghi, *Determinabilità e determinazione unilaterale del contratto*, Napoli, 2005. Inoltre, merita ricordare i lavori di T. Ascarelli, *Arbitri ed arbitratori*, in Id., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 205 ss.; G. Marani, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 615 ss.; E. Fazzalari, *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arbitrato*, 1993, p. 583 ss.; E. Contino, *Arbitrato, arbitraggio, transazione e contratto preliminare*, in *Giust. civ.*, 1995, p. 3027 ss.; A. Dimundo, *L'arbitraggio. La perizia contrattuale*, in G. Alpa (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, I, in *Giur. sist. civ. comm. Bigiavi*, Torino, 1999, p. 170 ss.; G. Villa, *La determinazione mediante arbitraggio*, in *Studium iuris*, 2001, p. 850 ss.; E. Gabrielli, *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 291 ss.; Id., *Il contratto di arbitraggio*, in Id., F.P. Luiso (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, II, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2005, p. 1145 ss.

Una seppur cursoria comparazione diacronica con l'esperienza giuridica romana consente - come di consueto - di arricchire i profili critici di un'analisi che si soffermi a focalizzare i modelli concettuali (senza qui indugiare sui profili di dettaglio storico).

In generale, è da dire che nel diritto privato dei Romani l'effetto giuridicamente vincolante - ricorre in proposito l'idea latissima di *lex* - poteva scaturire da un'espressione di volontà privata esattamente come da quella di una volontà pubblica, con piena equivalenza dell'una all'altra: il che peraltro è comprovato dall'attestazione nelle fonti del binomio concettuale *lex privata*/*lex publica*.

Così, proprio in una cornice assiologica nella quale non è immaginabile il monopolio di una *lex* intesa come *regula iuris* promanante dall'autorità pubblica, si afferma fin da antico il modello di un'attività determinativa che si caratterizza prima di tutto in quanto il terzo, *arbiter*, dispone di un ampio potere di decisione.

In effetti, già all'interno delle strutture del processo civile romano più arcaico, ossia quello per *legis actiones*, appare ben delineata la figura dell'*arbiter*, la cui discrezionalità di giudizio è più ampia di quella del *iudex*.

Nelle fonti si riscontra un'oscillazione interna alla semantica dell'*arbiter*, tra l'*arbiter ex compromisso*, al quale le parti si rivolgono di comune accordo per la decisione della controversia, e l'*arbiter* inteso come terzo a cui le parti si rimettono per chiedere invece la determinazione di un elemento negoziale[6]; in quest'ultimo caso, l'ambito operativo più rilevante è quello della determinazione del prezzo all'interno di un contratto di compravendita[7].

Per i Romani, l'archetipo dell'*arbiter* si colloca quindi un passo a monte rispetto alla questione se la sua attività si svolga sul terreno contenzioso

[6] Per una sintesi, F. Bonifacio, voce *Arbitro e arbitratore (diritto romano)*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino, 1957, p. 925; inoltre, in tempi più recenti, si veda la panoramica di R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, p. 253 ss.; cfr. inoltre G. Bugliani, *Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano classico tra diritto ed equità*, in *Riv. arbitrato*, 2007, p. 377 s. Sulla figura dell'*arbiter*, rimane fondamentale il contributo di G. Broggini, *'Iudex arbiterve'. Prolegomena zum, Officium, des römischen Privatrichters*, Köln, 1957; specificamente sull'arbitrato, un inquadramento assai nitido emerge da M. Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Riv. arbitrato*, 1996, p. 6 ss. Per ulteriori riferimenti di letteratura, mi permetto di rinviare a T. dalla Massara, *Studio sui rapporti tra 'sententia iudicis' e decisione arbitrale*, Napoli, 2012, in specie p. 3, nt. 5, 6, 7 e 8; da ultimo, su questi temi, C. Baldus, *Das 'arbitrium boni viri' bei Cervidius Scaevola*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, CXXXIII, 2016, p. 239 ss.

[7] Su cui si sofferma L. Garofalo, *L'arbitraggio sul prezzo*, in Id. (a cura di), *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Torino, 2015, p. 117 ss.

ovvero non contenzioso.

La figura dell'*arbiter* rappresenta il modello di un'autorità privata la quale decide, in posizione di supremazia, con effetti direttamente vincolanti per i privati, tanto in sede litigiosa quanto nella cornice contrattuale.

Certo, si tratta di un modello concettuale ampio e articolato al suo interno, ma non v'è dubbio che l'impronta di fondo dell'*arbiter* permanga impressa lungo tutto il dipanarsi di quell'immensa vicenda di idee in cui consiste il diritto privato europeo; idea forte, quella dell'*arbiter*, che attraversa l'intera *European Legal Tradition* e riaffiora oggi nei singoli ordinamenti nazionali[8].

Il discorso merita quindi di essere riportato alla contemporaneità, per sperimentare la capacità ordinante di quel modello a fronte dell'ampio variare delle figure emergenti dalla prassi contrattuale.

Per esemplificare, si pensi alla clausola con cui le parti in contratto rimettano alla determinazione del terzo la valutazione del corrispettivo della cessione di partecipazioni sociali; oppure si ponga mente alla clausola volta alla determinazione del corrispettivo per ipotesi di recesso contrattuale: talune forme determinative appaiono ormai stilizzate, se non addirittura standardizzate, sicché talvolta non si pongono particolari problemi qualificatori. Altre volte, invece, appare assai più complesso l'esercizio di un'esatta confinazione tra l'ipotesi in cui al terzo sia affidata la determinazione del contenuto contrattuale e quella in cui venga in gioco la decisione di una controversia.

In altri termini, se rimane in astratto perspicuo il limite tra l'arbitraggio e l'arbitrato, assai meno nitida risulta l'esatta perimetrazione tra le due figure quando si abbia riguardo alla varietà di forme congegnate dall'autonomia privata; sovente la prassi dà vita a meccanismi quasi inestricabilmente integrativi/determinativi, in relazione ai quali unica nota certa e univoca è che sia in tal modo rimesso al privato di statuire effetti giuridicamente vincolanti[9]: ma si tratta di effetti di natura decisoria-arbitrale ovvero di natura integrativa ai sensi dell'art. 1349 c.c.?

Così è da dire che, entro una linea di tendenza verso il sempre più ampio ricorso al c.d. contratto aperto o incompleto[10], il modello dell'arbitraggio

[8] Proprio nella prospettiva di una comparazione con il sistema francese, ora, L. Klesta, *La determinazione del prezzo nel contratto: una riflessione alla luce della recente riforma francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 90 ss.

[9] Su questi profili, in specie, H. Hanau, *Die Schranken privater Gestaltungsmacht - Zur Herleitung einer Angemessenheitskontrolle aus den Grenzen der Selbstbindung*, in F. Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, cit., p. 120 ss.

[10] Cfr. A. Fici, *Il contratto 'incompleto'*, cit., in specie p. 11 ss.; D. Valentino, *Il contratto*

sembra talvolta stemperarsi per gradi successivi, fino a perdere le sue caratteristiche essenziali, come nel caso della perizia contrattuale[11] ovvero - con il rischio poi di scivolare nei nominalismi - perizia arbitrale[12]; e se poi si rimanga concentrati nello sforzo di non uscire dal terreno dell'arbitraggio, ossia di stare ben discosti dalla funzione decisoria che si realizza solo con l'arbitrato, c'è il rischio di sperimentare, sul fronte opposto, i confini assai frastagliati che in molti casi delimitano l'arbitraggio rispetto alla figura della transazione[13].

La trama delle questioni è dunque piuttosto complessa.

La figura sulla quale intendo qui concentrare l'attenzione è quella che ricorre allorché sia realizzata un'attribuzione di poteri determinativi, per opera di privati e nei confronti di un privato, nel senso che la valutazione del terzo intervenga a integrare il contenuto contrattuale. E le domande che occorre porsi sono in specie le seguenti: fin dove si applica il regime dell'arbitraggio di cui all'art. 1349 c.c.? Quali altri set normativi possono semmai trovare applicazione, per via diretta o analogica?

3. *Il profilo del regime rimediale applicabile: art. 1349 c.c. e dintorni*

La presa di consapevolezza di un'assai lata, ma fondamentale, omogeneità storico-concettuale del potere determinativo del terzo, in origine *arbiter*, induce a qualche ulteriore riflessione, da incentrarsi però ora sul profilo - operativamente più impellente, verrebbe da dire - del regime applicabile.

In altri termini, se il paradigma di riferimento è - val la pena ripetere sulla scorta di Bianca - quello di un privato al quale sia attribuito il potere di imporre giuridicamente ad altri la propria decisione, prima ancora di discernere tra le differenti articolazioni di quel potere, il passaggio di ragionamento che s'impone va nel senso di una sperimentazione dell'impiego di regole comuni.

'incompleto', cit., p. 511 ss.

[11] Cfr. E. Gabrielli, *Perizia contrattuale, arbitraggio e impugnazione dell'apprezzamento del terzo*, in *Giur. it.*, 2017, p. 600 ss.; V. Timpano, *Perizia contrattuale: lineamenti dell'istituto e giudizio di vessatorietà*, in *Contratti*, 2017, p. 107 ss.; F. Sassani, *La clausola di perizia contrattuale nei contratti assicurativi: natura, funzione e giudizio*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2458 ss.; F. Campione, *La perizia contrattuale*, in *Riv. arbitrato*, 2014, p. 53 ss.

[12] Cfr. M. Bove, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, p. 7.

[13] In questo senso, chiarificatore il contributo di M. Maggiolo, *Arbitraggio e transazione*, in *Oss. dir. civ.*, 2012, p. 239 ss.

Come accennato, le questioni sul tappeto sono essenzialmente due.

La prima: fin dove può immaginarsi l'applicabilità del regime di cui all'art. 1349 c.c.?

La seconda: in quali casi possono trovare applicazione regole comuni tratte dalla disciplina generale del contratto?

Un dato, più di ogni altro, può dirsi assodato in giurisprudenza: dalla considerazione di una comune base di natura contrattuale per le figure dell'arbitrato irrituale (i), della perizia contrattuale (ii), nonché dell'arbitraggio (iii), si ricava l'applicabilità del regime 'classico' delle impugnazioni negoziali, dunque *in primis* si afferma per ciascuna di esse l'annullabilità per errore, violenza e dolo[14].

Lasciando estraneo il tema del regime dell'arbitrato rituale (nel quale si esprime una funzione giurisdizionale), è in effetti indubbio che in tutti questi casi ricorra un fenomeno di natura contrattuale, essendo in specie sempre ravvisabile la componente 'sottostante' di un mandato attribuito al terzo.

Nondimeno, la scacchiera è piuttosto complessa.

In estrema sintesi si può dire che:

- (i) e (ii) si differenziano da (iii), in quanto la giurisprudenza ritiene che (i) e (ii) presuppongono che la determinazione del terzo abbia per oggetto una controversia[15], il che accomuna per altro verso l'arbitrato irrituale a quello rituale: ciò, invece, senza dubbio non potrebbe dirsi per (iii);
- (ii) si differenzia rispetto a (i) per il fatto che in (ii) la determinazione discende da una valutazione di natura strettamente tecnica.

[14] Con specifica attenzione al lodo irrituale, di recente, la pronuncia della Corte Cost., 20 luglio 2016, n. 196, da cui emerge confermata l'applicabilità del tradizionale regime delle impugnazioni in tema di patologia del negozio; in relazione alla perizia contrattuale cfr., invece, Cass., 16 marzo 2005, n. 5678; Cass., 28 luglio 2017, n. 18906.

[15] Nel senso che la perizia contrattuale abbia la medesima natura di un arbitrato irrituale, per esempio, Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, in *Foro it.*, 2006, I, p. 482, sulla quale si sofferma F. Campione, *La perizia contrattuale*, cit., in specie p. 58 ss., ove è però proposta una più ampia ricostruzione delle opzioni possibili in ordine all'inquadramento della perizia contrattuale. Si tratta peraltro di un orientamento giurisprudenziale piuttosto consolidato: si veda Cass., 5 dicembre 2001, n. 15410; Cass., 24 maggio 2004, n. 9996; Cass., 12 maggio 2005, n. 10023; Cass., 10 maggio 2007, n. 10705; più di recente, Cass., 28 giugno 2016, n. 13291, con nota di F. Tizi, *Perizia contrattuale e arbitraggio: due fenomeni distinti*, in *Riv. arbitrato*, 2016, p. 623 ss., ove è ribadita la non applicabilità dell'art. 1349 c.c. all'ipotesi della perizia contrattuale (sul presupposto di una natura differente di quest'ultima rispetto all'arbitraggio); nonché Cass., 31 agosto 2016, n. 17443, su cui F. Tizi, *Impugnazione della perizia arbitrale e revoca del mandato degli arbitri-periti nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 507 ss.

Orbene, un siffatto assetto 'sostanziale' giustifica che, sotto il profilo dei rimedi:

- ai casi (i), (ii) e (iii) dovrebbe ritenersi sempre applicabile, oltre al regime delle impugnazioni negoziali, la disciplina in tema di revoca del mandato;
- giusta l'introduzione dell'art. 808 ter c.p.c., (i) gode di una disciplina specifica delle impugnazioni; e così, secondo l'opinione che a me pare più consequenziale[16], si deve ritenere che anche (ii) partecipi della disciplina delle impugnazioni di cui all'art. 808 ter c.p.c.; purtuttavia, in qualche caso la giurisprudenza ha ritenuto applicabile a (ii) il regime di cui all'art. 1349 c.c.;
- a tenore dell'art. 1349 c.c., (iii) dispone di una disciplina specifica delle impugnazioni: ma si tratta dell'unico regime rimediale invocabile per ipotesi di iniquità nella determinazione dell'arbitratore?

Com'è noto, la mappa delle impugnative disegnata dall'art. 1349 c.c. contempla, per un verso, l'annullabilità del c.d. *arbitrium merum* soltanto allorché sia provata la malafede dell'arbitratore; per altro verso, è prevista l'annullabilità del c.d. *arbitrium boni viri* a cospetto di un'attività determinativa da parte dell'arbitratore che si riveli manifestamente iniqua o erronea.

Se può lasciarsi in disparte l'ipotesi dell'*arbitrium merum*, oltretutto pressoché assente nella prassi, è invece sull'*arbitrium boni viri* che occorre concentrare l'attenzione.

Va subito detto che il criterio interpretativo particolarmente angusto seguito dalla giurisprudenza per addivenire alla caducazione dell'arbitraggio (secondo equità, per l'appunto) prevede che sia impugnabile esclusivamente la determinazione dell'arbitratore che risulti giunta a un esito per il quale sarebbe proponibile rescissione per lesione *ultra dimidium* ai sensi dell'art. 1448 c.c.

Ciò affermò la Corte di Cassazione con decisione del 30 dicembre 2004, n. 24183, la quale ancora funge da *leading case* in argomento[17].

[16] Opinione espressa per esempio da F. Campione, *La perizia contrattuale*, cit., p. 79.

[17] In quella decisione si stabilì che, quando la determinazione della prestazione da parte del terzo sia impugnabile per manifesta iniquità ai sensi dell'art. 1349 c.c., deve farsi riferimento, in mancanza di un criterio legale, al principio desumibile dall'art. 1448 c.c., sicché ricorre la manifesta iniquità in presenza di una valutazione inferiore alla metà di quella equa. Tale sentenza del 2004 merita di essere messa a confronto con quella, di poco successiva, del 30 giugno 2005, n. 13954, nella quale per vero non veniva fatto richiamo al parametro di cui all'art. 1448 c.c.: le due pronunce della Suprema Corte sono rese oggetto di analisi e di confronto nel lavoro di M. Farneti, *Equo apprezzamento e manifesta iniquità dell'arbitraggio (Osservazioni a margine di Cass., nn. 13954/2005 24183/2004)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 318 ss. Per avere conferma di come

Tanto schematismo interpella però un supplemento di capacità creativa dell'interprete.

Merita in effetti chiedersi: risulta davvero adeguata all'ampiezza, alla varietà e alla complessità delle situazioni contrattuali a fronte delle quali le parti sono solite rimettersi alla determinazione del terzo di riferirsi a un parametro schiettamente quantitativo?

Basta ben poco per cogliere che quella della Cassazione del 2004 sia una soluzione non appagante.

4. *Possibili ulteriori percorsi rimediali a fronte dell'iniqua determinazione del terzo arbitratore*

Il criterio di lettura dell'art. 1349 c.c. testé illustrato consente di incidere soltanto su un arbitraggio macroscopicamente erroneo; ma, soprattutto, in forza di tale criterio non è dato spazio alla possibilità di modulazione della proporzione fissa di cui all'art. 1448 c.c., la lesione *ultra dimidium*, in relazione al singolo caso di specie.

Ritengo quindi che meritino di essere esplorate strade alternative, e più efficaci, in direzione di uno scrutinio della correttezza dimostrata dall'arbitratore in sede di determinazione.

Il senso d'insoddisfazione che sorge di fronte a una reazione rimediale non abbastanza sofisticata, qual è quella che muove dalla premessa di riversare all'interno dell'art. 1349 c.c. un'applicazione analogica dell'art. 1448 c.c., sospinge verso una riflessione in chiave sistematica che ritorni all'acquisizione di consapevolezza di quanto v'è di comune ai fenomeni fin qui considerati.

Si è preso atto della medesima matrice contrattuale che è alla base di arbitrato irrituale, perizia contrattuale e arbitraggio, per veder confermata la percorribilità della via che conduce all'annullamento della determinazione del terzo in presenza di vizi della volontà; si è detto inoltre che, più in particolare, la presenza di un mandato al terzo quale 'sottostante' di ciascuna di queste figure giustifica l'applicabilità del regime in tema di revoca del mandato[18].

l'impostazione che collega l'art. 1349 c.c. al parametro dell'art. 1448 c.c. sia rimasta osservata nel corso degli anni, cfr. Trib. Roma, 3 aprile, 2012, r.g. 83534, nonché Trib. Bologna, 4 luglio 2017, r.g. 3322.

[18] Con specifico riferimento all'applicabilità del regime sulla revoca del mandato alla perizia contrattuale, cfr. Cass., 31 agosto 2016, n. 17443, con nota di F. Tizi, *Impugnazione*

Per le ipotesi di arbitrato irrituale e di perizia contrattuale, nella misura in cui anche quest'ultima risponda alla funzione di prevenire o mettere fine a una controversia mediante una valutazione di natura tecnica, deve ritenersi applicabile il regime specifico di cui all'art. 808 c.p.c.

Il punto di maggiore criticità rimane quello rappresentato dalla disciplina dell'impugnabilità dell'arbitraggio ai sensi dell'art. 1349 c.c.

A tal proposito, l'ipotesi di lavoro su cui propongo una riflessione è la seguente: v'è spazio per immaginare che, a fronte di una determinazione iniqua o erronea del terzo arbitratore, possano trovare applicazione analogica i criteri enunciati nell'art. 1467 c.c., in tema di eccessiva onerosità nei contratti a prestazioni corrispettive?

Senza dubbio, il percorso ipotizzato appare non privo di ostacoli.

Credo non si possa dubitare del fatto che con l'affidamento della determinazione di un segmento dell'*in idem placitum* al terzo arbitratore si realizzi un'operazione contrattuale *lato sensu* riconducibile entro l'alveo dei contratti che realizzano una funzione di scambio: si è infatti a cospetto di un mandato simmetricamente attribuito da entrambe le parti al terzo, con impegno di ciascuna nei confronti dell'altra a tener fede a quella determinazione.

Una volta comprovata in linea generale la risolubilità dell'operazione contrattuale, restano comunque due domande da porsi.

In primo luogo, occorre chiedersi se la figura di cui all'art. 1349 c.c. possa leggersi in guisa di contratto assimilabile a quelli a esecuzione continuata, periodica o differita, almeno nel senso che la determinazione del terzo - quale esecuzione del contratto in relazione alla componente del mandato - vada a conchiudere l'assetto contrattuale in un momento successivo rispetto a quello del formarsi dell'accordo attributivo del potere.

Viene qui in considerazione il rilievo fatto all'inizio di queste pagine, ove avevo preso atto dell'esercizio normalmente puntuattivo del potere di determinazione, tuttavia non escludendo che l'attività del terzo possa dilazionarsi in una pluralità di porzioni determinative periodiche; in qualunque caso, non è dubitabile che l'operazione di cui si tratta assuma una distensione temporale.

In secondo luogo, si pone la domanda se una determinazione iniqua o erronea del terzo sia equiparabile, entro il quadro della ricostruzione analogica che ho proposto, al verificarsi dell'avvenimento straordinario e imprevedibile di cui all'art. 1467 c.c., ove è previsto che l'eccessiva onerosità

della perizia arbitrale, cit., in specie p. 524 ss.

sopravvenuta dischiuda la via a una risoluzione contrattuale[19].

Giacché ritengo che possa essere fornita risposta affermativa a entrambe le domande appena formulate, è allora da ritenersi aperta la strada che conduce all'applicabilità dei criteri di cui all'art. 1467 c.c. all'interno della disciplina sull'impugnazione dell'arbitraggio. In altri termini, pur sempre a un'integrazione analogica sarebbe necessario ricorrere in sede di art. 1349 c.c., però facendo leva sulla disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, anziché - come in passato aveva ritenuto la Corte di Cassazione - in forza dell'art. 1448 c.c.

Più esplicitamente, ove l'art. 1349 c.c. richiede, ai fini dell'impugnabilità dell'arbitraggio, che la determinazione risulti manifestamente iniqua o erronea, ciò meriterebbe a mio giudizio di essere valutato alla luce dell'idea fondamentale secondo la quale ogni contratto presenta una sua propria 'alea normale', in questo contesto da intendersi come ragionevole margine di rischio oltre il quale un arbitraggio, proprio come un fatto sopravvenuto ed esterno, non può accettabilmente arrivare a perturbare il prevedibile equilibrio contrattuale; per converso, non impugnabile sarebbe l'arbitraggio allorquando la valutazione compiuta dal terzo si fosse mantenuta all'interno dei limiti di quella stessa normale alea contrattuale.

Lo scrutinio merita di attagliarsi ai caratteri specifici di ciascun singolo affare, piuttosto che far leva su parametri meramente quantitativi, come impone l'art. 1448 c.c.

Così, la nozione di manifesta iniquità o erroneità, alla quale il tenore dell'art. 1349 c.c. vincola l'interprete, si presta a essere letta in prospettiva analogica rispetto al contenuto dell'art. 1467, comma 2, c.c., nella misura in cui ciò suggerisca uno sforzo di contestualizzazione rispetto alla precipua cornice di riferimento: è su ciò che deve parametrarsi il vaglio di equità/iniquità ovvero correttezza/erroneità della determinazione del terzo.

[19] Quanto ai presupposti dell'art. 1467 c.c., sia consentito il rinvio a T. dalla Massara, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, in specie p. 221 ss. Il richiamo alla disciplina della risoluzione del contratto all'interno delle regole di gestione dell'arbitraggio meriterebbe di essere osservato nella specola di una comparazione con il sistema tedesco, ove la determinazione iniqua del terzo (*Bestimmung der Leistung durch einen Dritten*) viene interpretata per lo più in termini di violazione della *Geschäftsgrundlage*: cfr. §§ 317-319 BGB; si veda W.-J. Habscheid, *Das Schiedsgutachten als Mittel der Streitentscheidung und der Streitvorbeugung*, in Aa. Vv., *Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag*, Wien, 1986. Nella letteratura italiana, inclini a vedere nella determinazione iniqua del terzo una violazione della *Geschäftsgrundlage*, F. Criscuolo, *Arbitraggio e determinazione*, cit., in specie p. 186 ss., e F. Benatti, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 837.

5. *Conclusioni: ovvero l'inizio di un percorso*

I punti di approdo cui sono giunto possono essere sintetizzati nei termini seguenti.

Anzitutto, la lente di lettura rappresentata dall'idea di autorità privata ha consentito di osservare fenomeni tra loro differenziati, i quali poggiano però su una matrice comune: in breve, e per semplificare, siamo a cospetto di un'area concettuale riconducibile all'antica idea dell'*arbiter*.

Lasciata fin da subito al di fuori del raggio d'indagine la figura dell'arbitrato rituale - nella quale trova espressione un'attività di natura giurisdizionale -, mi sono soffermato sull'arbitrato irrituale, sulla perizia contrattuale e sull'arbitraggio (secondo equità) di cui all'art. 1349 c.c.

Ciascuna di queste figure partecipa dell'idea fondamentale in base alla quale un privato riceve da altri privati il potere di imporre la propria determinazione; si è visto che alla base è ravvisabile, in ogni caso, la struttura negoziale del mandato al terzo: il che giustifica l'applicabilità della disciplina sulla revoca del mandato, nonché *a maiori* del regime in tema di annullabilità negoziale, *in primis* per errore, violenza e dolo.

La prospettiva unificante, fondata sulla circostanza che comunque il privato giunge a imporre giuridicamente ad altri la propria decisione, è poi da contemperarsi con le specificità di ciascuna figura.

All'arbitrato irrituale si attaglia la disciplina dettata dall'art. 808 c.p.c.: il medesimo regime merita poi di essere esteso alla perizia contrattuale in tanto in quanto si accolga l'idea che con essa sia attribuito al terzo il potere di 'decidere tecnicamente' una controversia.

Per quanto riguarda infine l'arbitraggio, posto al centro di queste riflessioni, ritengo che il regime impugnatorio di cui all'art. 1349 c.c. sia interpretabile - alla luce di quanto si è visto sopra - tenendo conto della disciplina contemplata nell'art. 1467 c.c.

In particolare, una lettura dell'art. 1349 c.c. condotta sulla scorta dell'art. 1467 c.c. consente di disegnare un regime impugnatorio che avrebbe il pregio di adattarsi in maniera calzante alle specificità della singola fattispecie: per esemplificare, la 'normale alea' in ipotesi di arbitraggio sul valore di un bene che si colloca in un mercato intrinsecamente fluttuante non è paragonabile a quella che si può immaginare per un bene la cui valutazione è ancorata a criteri piuttosto stabili e oggettivi.

In questa prospettiva, sarebbe evitato l'esito di dare applicazione a un criterio meccanicistico e piuttosto banalizzante qual è in definitiva quello di cui all'art. 1448 c.c., dal quale emerge un parametro basato puramente sul

'moltiplicatore' dell'errore di valutazione *in thesi* compiuto dall'arbitratore.

Credo che la scelta di abbandonare la rigidità di una risposta rimediale fondata sull'applicazione analogica dell'art. 1448 c.c. meglio risponderebbe all'esigenza viva di una prassi che sempre più frequentemente ricorre alle forme duttili di un accordo entro cui siano mantenuti spazi di apertura alla determinazione del terzo.

Se oggi più che un tempo la contrattualistica rimette significative porzioni di integrazione contrattuale al terzo, fatico tuttavia a pensare che l'affidamento alla determinazione dell'arbitratore possa contenere margini di vera e propria imprevedibilità, quasi che si trattasse di una sorta di intervento indiscutibile e - per così dire - oracolare, almeno fin tanto che l'errore non venga ad assumere proporzioni macroscopiche; è invece da auspicare che la valutazione del terzo risulti accuratamente sorvegliabile.

Ecco dunque il senso in base al quale ho proposto una rilettura della nozione di manifesta iniquità ovvero erroneità di cui all'art. 1349 c.c.

Sono giunto al termine delle mie riflessioni.

Mi rendo conto che il breve spazio di questo contributo racchiude il perimetro di un cantiere all'interno del quale meriterebbero di essere esplorate con attenzione di dettaglio numerose sotto-questioni, attinenti per un verso alle specificità delle singole figure prese in considerazione (arbitrato rituale, perizia contrattuale e arbitraggio), nonché per altro verso alle concrete modalità di applicazione analogica del quadro rimediale di cui all'art. 1467 c.c. all'interno dell'art. 1349 c.c.

Quella che ho tracciato fin qui è dunque, essenzialmente, un'ipotesi di lavoro.

Più di tutto rilevante mi pare, però, di aver avuto la possibilità di saggiare la capacità espansiva di una categoria interpretativa della realtà giuridica, quella delle autorità private, che Cesare Massimo Bianca, con preziosa capacità d'intuizione, aveva regalato al dibattito quarant'anni fa.

Ciò ha consentito di comprovare, una volta di più, che le categorie del diritto non sono da intendersi come schemi fissi, rivelandosi bensì sempre strumento di ulteriore conoscenza e veicolo di sperimentazione di percorsi nuovi.

Edoardo Ferrante

Il consenso contrattuale e le sue gradazioni: l'esempio dell'interpretazione contro l'autore della clausola

Sommario: 1. Il predisponente da autorità 'di fatto' ad autorità 'di diritto' – 2. Gradazioni del consenso e 'gradazioni' degli istituti contrattuali – 3. Un esempio: l'interpretazione contro l'autore della clausola fra parte generale e parte speciale – 4. I capisaldi della dir. 13/1993 e il problema della trasparenza del contratto – 5. Clausole mancanti di chiarezza e comprensibilità: la trasparenza come regola di comportamento (critica) – 6. *segue:* L'oggettivazione del requisito di trasparenza e del suo difetto. – 7. *segue:* La tesi della vessatorietà (critica) – 8. L'interpretazione contro l'autore della clausola in versione debole – 9. L'interpretazione contro l'autore della clausola in versione forte – 10. Prima conclusione: l'interpretazione contro l'autore della clausola come rimedio unico – 11. Seconda conclusione: il consumatore autorità privata?

1. *Il predisponente da autorità 'di fatto' ad autorità 'di diritto'*

In tema di condizioni generali *Le autorità private* di Cesare Massimo Bianca, a distanza di quarant'anni dalla pubblicazione, appare non solo una ricognizione del dibattito allora in corso, ma soprattutto una pietra miliare nell'avanzamento delle ricerche[1]. Dopo il fermento dei primi Anni '70 - si pensi al celebre convegno catanese sulla *Tutela del contraente debole* e ad alcuni scritti di quegli anni[2] - lo studio dei poteri privati, del

[1] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, in particolare p. 62 ss.

[2] Il convegno catanese del 1969 diede alla luce il volume Aa.Vv., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole. Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania* (17-18 maggio 1969), Milano, 1970, volume giudicato retrivo, soltanto pochi anni dopo, da C.M. Mazzoni, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975, p. 9 nt. 5 (che scriveva nella medesima collana de *Le autorità private* di Bianca, vale a dire la *Biblioteca ordinata da Pietro Rescigno*; la collana ha poi ospitato una serie cospicua di monografie dedicate allo studio dei poteri privati e dei limiti dell'autonomia contrattuale). In quegli stessi anni fioriscono alcuni contributi di spessore: per tutti, P. Barcellona, *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*,

contratto predisposto come momento di dominio economico, raggiunge nelle pagine di Bianca un'importante maturazione. L'orizzonte è quello del predisponente come autorità privata 'di fatto', l'obiettivo formulare ipotesi di controllo sull'autonomia contrattuale, o meglio sul potere unilaterale di predisposizione esercitato dalla parte forte[3].

Autorità di fatto e controlli: questo, in poche parole, il quadro d'allora[4]. Un quadro che a fronte di una legislazione ferma al 1942 - eppure il codice conteneva norme anticipatrici[5] - mostrava una crescente insoddisfazione dottrinale. Il contratto per adesione poneva al centro della scena, per la prima volta forse, il problema dei controlli, ma tutto sommato reggeva l'idea che esso non differisse dalla nozione di cui all'art. 1321 c.c. Autorità sì, ma di fatto: in diritto il predisponente non è che parte, esattamente come l'aderente. È un approccio 'normalizzatore', nel senso che le peculiarità, le esigenze, le storture del contratto per condizioni generali iniziano a farsi largo, suscitando elaborate e per certi versi insuperate costruzioni, ma il dogma della volontà non è messo in discussione.

Nella logica mercantile il consenso della parte debole costituisce anzi la maggior forma di legittimazione dello strapotere della parte forte. Tanto nei contratti *business-to-business* quanto nei contratti *business-to-consumer* l'asimmetrìa economica è oscurata dalla struttura formalmente paritetica dell'accordo[6]. Di più: nello spirito del capitalismo la parità esteriore propria

1965, II, p. 580 ss.; A. Di Majo, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 192 ss.; S. Rodotà, *Il controllo sulle condizioni generali di contratto*, in G. Amato, S. Cassese, S. Rodotà (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private. Testi e materiali*, Genova, 1972, p. 239 ss.; ed E. Roppo, *Contratti* standard, Milano, 1975 (ma rist. 2017), *passim* ma in particolare p. 81 ss. E già dai titoli di questi lavori balza in primo piano il tema dei controlli.

[3] Inutile dire che il dibattito ha radici più antiche, sia in Italia sia altrove: L. Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bad Homburg, 1935 (rist. inalt. 1961), in particolare pp. 59-64, 109 ss., 237 ss., 281-283, 324 ss. e 502 ss.; Id., *Generalreferate*, in *Richterliche Kontrolle von AGB*, Berlin, 1968, p. 127 ss. e p. 137 ss.; celeberrimi F. Kessler, *Contracts of adhesion - Some Thoughts About Freedom of Contract*, in *Columbia Law Review*, 1943, p. 629 ss. e in particolare p. 640 ss.; e, nella stessa ottica seppur in tempi più recenti, T.D. Rakoff, *Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*, in *Harvard Law Rev*iew, 1982-1983, p. 1173 ss.

[4] Un'illustrazione più completa si legge in G. Alpa, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2014, p. 627 ss.

[5] Il «Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti» del 1927 non conteneva neppure un frammento di norma in tema di condizioni generali: F. Degni, *La solidarietà umana nella rinnovazione del diritto civile (a proposito del «Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti»)*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 145 ss.

[6] L'adesione come forma o strategia divisionale privata, 'perversione della funzione legittimante del consenso': P. Femia, *Autonomia e autolegislazione*, in S. Mazzamuto,

del contratto giustifica moralmente la ricerca del profitto, siccome ottenuto non già 'contro' ma 'secondo' la volontà di tutti i soggetti del mercato, di quelli che producono e di quelli che consumano[7]. Si ricrea un'armonia universale ma formale, ove le disarmonie sostanziali stentano a trovare rilievo[8]. La forma consensuale assolve l'ingrato compito di rendere credibile, per la mentalità del giurista, un sistema di uguaglianze che non ha riscontro nella sostanza[9].

Altrove il dibattito è più avanzato e si traduce in diritto posto. Mentre la dottrina italiana, con echi giurisprudenziali modesti, discute d'autorità di fatto del predisponente e di (possibili) controlli sulla sua attività di 'legislatore contrattuale'[10], in Germania la lunga parabola giudiziaria del § 242 BGB termina col fondamentale AGB-*Gesetz* del 1976-77. Un testo che vede la luce proprio mentre in Italia è pubblicato *Le autorità private* di Bianca.

Qui il parallelo con l'esperienza tedesca mostra velocità e andamenti diversi: il nostro codice del 1942 è posteriore all'antica giurisprudenza germanica sull'*AGB-Recht*, ma precede di molto la legge tedesca del 1976-77; quest'ultima anticipa e prende quasi alla sprovvista il dibattito italiano dei primi Anni '70, ma stenta a farsi largo, sia in Germania sia a maggior ragione in Italia, almeno fino agli Anni '90[11].

La materia entra infatti in una fase di sospensione almeno fino al 1993, quando è emanata la dir. 13/1993 concernente le clausole abusive nei contratti con i consumatori[12]. Le norme europee, refluite prima negli artt.

L. Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per princìpi e autonomia privata*, Torino, 2016, pp. 36-37; e Id., *Desire for Text: Bridling the Divisional Strategy of Contract*, in *Law and Contemporary Problems*, 2013, p. 151 ss.

[7] «Nello spazio del mercato la tirannide contrattuale agisce nella lingua del consenso»: così ancora P. Femia, *Autonomia e autolegislazione*, cit., p. 39. La ricerca del consenso non è appannaggio del contratto «democratico» (E. Navarretta, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss.), perché anzi la dittatura contrattuale è quella più pronta a mimetizzarsi sotto le spoglie della fusione di volontà.

[8] Per tutti, O. v. Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889, p. 28 ss.

[9] C.M. Mazzoni, *Contratti di massa*, cit., pp. 7-8.

[10] Ma il dibattito non s'è spento: «padroni della legislazione privata», li chiama P. Femia, *Autonomia e autolegislazione*, cit., p. 43.

[11] Per un tentativo di ricostruzione in parallelo, E. Ferrante, R. Koch, *Le condizioni generali di contratto: collocazione e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca*, in *Contr. e impr. Europa*, 2011, p. 695 ss.

[12] Dir. 13/1993 del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le «clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori», in *G.U.C.E.*, L 95 del 21 aprile 1993, modificata con la «direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori (…), in *G.U.U.E.*., L 304 del 22 novembre 2011, e rettificata, quanto alla versione italiana, con la «Rettifica della direttiva 93/13/CEE […]»,

1469-*bis* ss. c.c. e poi negli artt. 33 ss. c. cons., destano in tutta Europa la ripresa del dibattito, ma mentre in Germania la novità è più esteriore che essenziale - la direttiva aveva tratto larga ispirazione proprio dall'AGB-*Gesetz* tedesco[13] - in Italia segna una cesura profonda. Il problema dei controlli

in *G.U.U.E,* L 137 del 4 giugno 2015.

[13] In Germania il controllo sull'incorporazione e sul contenuto delle clausole predisposte non è mai stato posto in relazione alla materia consumeristica: lì una (mai prospettata) attuazione letterale della dir. 13/1993, a portata strettamente consumeristica, avrebbe implicato un ridimensionamento degli scopi e degli àmbiti del controllo sulle condizioni generali, dal contratto per adesione *tout court* a quello intercorrente fra professionisti e consumatori, dalla regolazione del mercato a quella del suo segmento ultimo, vale a dire il patto fra rivenditore al dettaglio e fruitore diretto del bene o servizio. Un tale processo è stato rifiutato dal legislatore tedesco sia in fase di primo recepimento, che non ebbe a richiedere particolari modifiche della normativa preesistente - l'integrazione del § 12 BGB e l'aggiunta del § 24a AGB-*Gesetz*, poi divenuto con qualche ritocco il 'nuovo' § 310, c. 3, BGB -, sia all'atto della ricodificazione eseguita nel 2001 con la *Schuldrechtsreform*, che ha attratto nel tessuto codicistico l'AGB-*Gesetz* ('nuovi' §§ 305-310 BGB: fra i molti, P. Ulmer, *Integration des AGB-Gesetzes in das BGB?*, in R. Schulze, H. Schulte-Nölke [Hrsg.], *Die schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, 2001, p. 215 ss.; T. Pfeiffer, *Die Integration von "Nebengesetzen" in das BGB*, in W. Ernst, R. Zimmermann [Hrsg.], *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen, 2001, p. 481 ss.; Id. e B. Schinkels, *Schuldrechtsmodernisierung und AGB-Gesetz*, in H.W. Micklitz, T. Pfeiffer, K. Tonner, A. Willingmann [Hrsg.], *Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz*, Baden-Baden, 2001, p. 133 ss.; e W.H. Roth, *Europäischer Verbraucherschutz und BGB*, in *Juristen Zeitung*, 2001, p. 475 ss.; F. Graf v. Westphalen, *AGB-Recht ins BGB - Eine erste Bestandsaufnahme*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 12 ss.; e per un commento dall'estero, J. Rochfeld, D. Houtcieff, *Perspectives de développement du droit communautaire en matière de la consommation*, in R. Schulze, M. Ebers, H.C. Grigoleit [Hrsg.], *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen, 2003, p. 49 ss.; più che creare diritto nuovo la ricodificazione ha spostato quello 'vecchio', opera comunque non banale, come non sarebbe banale riportare nel codice civile italiano gli artt. 33 ss. c. cons.). All'esito il 'ritorno' sistematico dell'attuazione e ricodificazione tedesche appare duplice: gli schemi di protezione contrattuale del consumatore s'ergono a generali e la normativa in termini si trova tutta nel codice. Ecco che il diritto europeo entra pienamente nel sistema (ma non sono mancate voci critiche: P. Schlechtriem, *Die Anpassung des deutschen Rechts an die Klausel-Richtlinie und den Richtlinienvorschlag zum Verbraucherkaufrecht*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2001, p. 335; e M. Möllers, *Europäische Richtlinien zum Bürgerlichen Recht*, in *Juristen Zeitung*, 2002, pp. 121-126). Ciò non toglie che questo divario fra obiettivi e campi d'intervento - la direttiva 'nasce' in Germania ma si restringe ai consumatori, l'ordinamento che l'ha prodotta mantiene in vigore una normativa più lata - abbia recato talune perplessità applicative (in termini generali, F. Zoll, *The problems associated with the implementation of directives into national legal systems - a few examples from the codified legal traditions*, in C. Twigg-Flesner [ed.], *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, 2016, p. 68 ss.). La legislazione tedesca 'derivata' s'è scoperta *a posteriori* 'sovra-obbligatoria' (T. Jäger, *Überschießende*

trova alfine una risposta, seppur non risolutiva, ed anche l'idea dell'autorità di fatto o atipica del predisponente inizia a vacillare[14].

Proprio una norma di provenienza europea, apparentemente innocua[15],

Richtlinienumsetzung im Privatrecht, Baden-Baden, 2006, in particolare p. 96 ss.), ma le sentenze della Corte di Giustizia (cui dovrà rivolgersi presto l'attenzione: *infra*, § 9) non possono che cadere sui contratti del consumatore, anche quando il remittente appartenga ad un ordinamento che ha introdotto o mantenuto norme più late, destinate a valere per tutti i contratti predisposti. Dunque in Germania ogni novità proveniente dalla Corte di Giustizia è destinata a provocare imbarazzo: decisioni rese in materia consumeristica devono essere rapportate ad un sistema che vede esteso l'àmbito delle norme attuative a tutti i contratti, consumeristici e non. E se il giudice tedesco è vincolato dalla sentenza europea nei suoi stretti limiti di vigenza, vale a dire quelli dei contratti *business-to-consumer*, difficilmente potrà prescinderne altrove, quando sia chiamato ad applicare le stesse norme per contratti *business-to-business* o *consumer-to-consumer*: che uso fare del precedente europeo fuori termini? La sua obbligatorietà non può varcare la soglia del *business-to-consumer*, ma la sua persuasività certamente sì (fra gli altri, G. Wagner, *Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2016, pp. 99-100). Tuttavia agli occhi dell'osservatore straniero la questione non è poi tanto dissimile da altre che sempre affaticano il cultore del metodo casistico, quando debba destreggiarsi fra le ambiguità e le storture del precedente persuasivo. In Italia la recezione passiva della dir. 13/1993 ha creato uno statuto speciale dei contratti del consumatore, puramente riproduttivo della fonte, che prima s'è fatta spazio nel codice generale con l'inserimento di nuovi articoli posticci, e poi è stata trapiantata in blocco in quello di settore: all'esito i contratti del consumatore vantano una normativa *ad hoc*, portatrice d'esigenze e linee-guida diverse da quelle impersonate dalla parte generale. Nell'uno e nell'altro caso, nondimeno, il diritto comunitario ha recato un'alterazione sensibile del diritto previgente: in Germania i contratti al consumo sono entrati formalmente nella parte generale, ma a quel punto l'esecuzione nazionale delle sentenze comunitarie diviene problematica quando il precedente europeo debba rapportarsi ad un caso non consumeristico. In Italia, essendo mancata qualsiasi attuazione espansiva o migliorativa della dir. 13/1993, le sentenze della Corte non pongono particolari dubbi d'esecuzione, ma il quadro resta spaccato tra uno statuto autonomo dei contratti al consumo, confinato nel codice di settore, e la parte generale del contratto, la quale - proprio a fronte delle novità europee - sembra perdere di centralità (per tutti, G. Alpa, *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pp. 237-247; L. Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in *Studi in Onore di P. Rescigno, III, Diritto Privato, Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, p. 546; e V. Roppo, *Il contratto del duemila*, 2011, Torino, p. 91 ss.).

[14] Di «svolta storica» discorre, sia pur con accenti critici, M. Bin, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, p. 438 ss., ripreso, fra gli altri, da G.B. Ferri, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 3; similmente, G. Alpa, *Il contratto in generale*, I, cit., p. 632 ss.

[15] A. Genovese, *Contratto* standard *e comune intenzione delle parti*, in Aa. Vv. *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, in particolare p. 832 ss.

illustra bene il cambiamento di paradigma. Ai sensi dell'art. 34, c. 5, c. cons., tratto dall'art. 3, c. 2, 3ª proposizione, dir. 13/1993, se il contratto prevede l'adesione del consumatore ad un formulario, si presume l'assenza di trattativa e dunque l'applicazione dell'intero compendio di norme a protezione del consumatore medesimo, a dispetto dell'art. 34, c. 4, c. cons.[16] Detto diversamente il negoziato sulla clausola (pur inizialmente predisposta) sottrae quest'ultima al sindacato di vessatorietà sostanziale, ma la prova del negoziato dev'essere fornita dal professionista, a conferma che la legge - e non più soltanto il mercato, l'economia, la società eleva il predisponente a detentore del potere privato. Il predisponente è di legge un'autorità, dunque un'autorità 'di diritto'.

Difficile dire se le novità europee, fattesi parte dell'ordinamento interno, abbiano reso visibili percorsi già in atto o ne abbiano impostati di nuovi[17]. Però è certo, al di là delle sfumature, che l'approccio normalizzatore inizia ad entrare in crisi, e trovasi per così dire in piena crisi nel dibattito 'irtiano' di fine millenio sugli *scambi senza accordo*[18], dibattito cui prese parte lo stesso Cesare Massimo Bianca[19], e che sembra rinfocolarsi ora nell'èra del commercio *online*[20].

Ad un eccesso normalizzatore - il contratto per adesione è un contratto come tutti gli altri - segue un eccesso opposto: lo scambio è senz'accordo, frutto di due atti congruenti ma non comunicanti; anziché proposta e accettazione valgono l'offerta e la presa dei beni, nel luogo ideale del mercato spersonalizzato e muto. Il consenso dell'aderente degrada ad atto unilaterale di partecipazione al mercato, sulla spinta del retrostante bisogno. Egli diviene suo malgrado parte di un meccanismo che non ha creato né accettato, ma che con la sua condivisione necessitata contribuisce a

[16] L.A. Scarano, *Art. 1469*-ter*, 4° c.*, in G. Alpa, S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2003, p. 935 ss.

[17] Per una recente messa a fuoco, T. Wilhelmsson, *Standard Form Conditions*, in A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E. Hondius, C. Mak, E. du Perron (ed.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 571 ss.; in Italia già M. Maggiolo, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, in particolare p. 193 ss.

[18] N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.; *contra*, G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss.; ancora N. Irti, *«E' vero, ma ...» (replica a Giorgio Oppo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.; nonché Id., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss.

[19] Quasi a sunto del pensiero dell'a., C.M. Bianca, *Acontrattualità dei contratti di massa*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120 ss.

[20] M. Zachariasiewicz, *Inclusion of Standard Terms in Electronic Form under the CISG*, in I. Schwenzer, L. Spagnolo (ed.), *The Electronic CISG*, The Hague, 2017, p. 95 ss.

legittimare[21].

Poi c'è stata come noto una lunga sequela di leggi speciali, alcune di derivazione europea, altre di formazione interna, leggi che oggi suonerebbe quasi ironico definire 'collegate'. E queste leggi hanno portato alla ribalta l'idea del contratto asimmetrico, forse non dello scambio senz'accordo, ma neppure del contratto paritetico di stampo liberale. Le evoluzioni legislative ed in parte giurisprudenziali, unitamente all'intensificarsi del dibattito scientifico, hanno condotto pian piano ad un ribaltamento del quadro. Allo stato sembra dominare nella teoria e nella pratica il modello del contratto sbilanciato, che trascende la protezione del consumatore *stricto sensu* per abbracciare ogni ipotesi d'asimmetrìa: dal consumatore all'imprenditore debole, dall'imprenditore debole al 'cliente'[22]. E la parte forte, quella che detta le regole del gioco, è legalmente certificata come autorità privata[23].

In questo contesto, quando il discorso cade sui blasonati artt. 1321 ss. c.c., sembra quasi avvertirsi un'aura d'antico, la sensazione di schemi superati. È che il contratto asimmetrico è sì dominante, l'autorità del

[21] La polemica sugli scambi senza accordo ha posto in risalto l'eccentricità del modello strenuamente consensualista, ma così facendo ha forse relegato il contratto *standard* ancora più ai margini del sistema. Ne è prova la stessa manualistica, anche quella più innovativa e sensibile, ove il tema è sviluppato quasi a chiusura di discorsi condotti secondo il tradizionale metodo 'negoziale': ancora la 21ma edizione del 'Trimarchi' (P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2016), dopo aver inserito il contratto nel più vasto recipiente del negozio - e quest'ultimo in una triade comprensiva di atti illeciti ed altre fonti d'obbligazione -, dedica solo un breve paragrafo al contratto del consumatore; la 17ma edizione del 'Galgano' (F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 2017) innesta i contratti fra professionsiti e consumatori nel capitolo su «efficacia e inefficacia del contratto» e vi si sofferma per quattro pagine; più corposo il capitolo «imprese e consumatori» che figura nella 5a edizione del 'Roppo' (V. Roppo, *Diritto privato*, Torino, 2016), ma la materia è estratta dalla sede contrattuale e fatta defluire, unitamente al più lato tema del *consumerism*, nella trattazione dell'impresa e del mercato; la 2a edizione del 'Mazzamuto' (S. Mazzamuto [a cura di], *Manuale del diritto privato*, Torino, 2017) all'interno della parte generale del contratto enuncia succinte 'regole particolari per i contratti dei consumatori', ma il tutto è anticipato da altro paragrafo su 'il professionista e il consumatore' nel capitolo intitolato a 'i soggetti del mercato'. Insomma sembra reggere una didattica d'impronta tradizionale, come in parte deve pure essere, ove il contratto negoziato o frutto d'accordo paritario ricopre un ruolo dominante.

[22] Per tutti V. Roppo, *Il contratto del duemila*, cit., p. 125 ss.

[23] Per tutti, A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 515 ss.; e di recente, A. Gentili, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, *ivi*, 2016, p. 1488. In una prospettiva di più largo respiro, attenta alla realtà del commercio transfrontaliero, già A.M. Garro, *Rule-Setting by Private Organisations, Standardisation of Contracts and the Harmonisation of International Sales Law*, in I. Fletcher, L. Mistelis, M. Cremona (ed.), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London, 2001, p. 310 ss.

predisponente sicuramente di diritto, ma la parte generale resta ricalcata su altro e recessivo paradigma[24].

Si ha dunque una transizione non completata, perché il modello contrattual-asimmetrico prevale nell'applicazione, ma fuori della parte generale; monopolizza le cure della dottrina, ma ai margini della teoria; non riesce a 'fare sistema', ed anzi rispetto al centro dell'ordinamento continua ad apparire un fattore di rottura, un'appendice eversiva anziché costruttrice di nuova unità.

2. *Gradazioni del consenso e 'gradazioni' degli istituti contrattuali*

Va detto però che la transizione non sarà breve e forse non sarà mai completa. A ben vedere gli schemi contrattuali da osservare paiono ben più numerosi ed articolati di quanto non emerga dall'opposizione 'secca' contratto negoziato-contratto predisposto o, per usare altre parole, contratto paritario-contratto asimmetrico. Occorre infrangere e graduare il concetto unico di consenso, spezzare ancora una volta il *Willensdogma* caro alla Pandettistica[25]. Ai due poli si collocano l'atto di consumo per così dire 'puro e semplice' ed il patto negoziato clausola per clausola, ma fra l'uno e l'altro polo occorre mediare, soppesare, contemperare.

Primo polo. L'uomo qualunque-consumatore o l'uomo 'senza qualità' è il terminale della catena produttiva e distributiva. Sollecitato da bisogni

[24] Né si staglia all'orizzonte una parte generale alternativa e dedicata al contratto asimmetrico od a quello unilateralmente predisposto: P. Sirena, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in F. Macario, M.N. Miletti (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, p. 626 ss.; nonché Id., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 787 ss.

[25] «Ancora una volta», perché il mito sembra continuamente risorgere dalle sue ceneri, e la scienza italiana ha dovuto contrastarlo a più riprese, a partire dalle note pagine di E. Betti, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 8 ss. (sul quale, M. Brutti, *Emilio Betti e l'incontro col fascismo*, in I. Birocchi, L. Loschiavo [a cura di], *I giuristi e il fascino del regime [1918-1925]*, Roma, 2015, p. 94, in particolare nt. 89; la lezione bettiana, qui come altrove, sembra vivere davvero una seconda o terza giovinezza); in tema pure, V. Scalisi, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 738 ss.; e per una sintesi recente, da prospettiva tedesca ma con *focus* sull'europeizzazione del diritto dei contratti, C. Herresthal, *Offer and Acceptance - Other Forms of Manifestation of Consent under the German Civil Code*, in R. Schulze, M. Pilar Perales Viscasillas (ed.), *The Formation of Contract*, Baden-Baden 2016, p. 105 ss. e in particolare p. 115 ss.

naturali ed artificiali, rispettivamente gestiti o indotti dalla società dei consumi (*Konsumgesellschaft*) e dell'usa e getta' (*Wegwerfgesellschaft*), egli prima che 'accettare', presta acquiescenza ad offerte interamente predisposte da altri. Il suo consenso si riduce alla dichiarazione del *quando* e del *quantum*, ma sul presupposto che egli prima o poi avrà bisogno di quel bene o servizio e che pure la quantità non potrà scendere sotto una certa soglia: è l''imperiosità di bisogni anelastici'[26]. Non solo gli è preclusa qualsiasi trattativa, ma le stesse modalità di conclusione sono prestabilite in maniera inflessibile (ad es. nella contrattazione *online*, attraverso sequenze di *tick-boxes*, ove la mancanza di un *tick* blocca la procedura, ovvero, nei contratti automatizzati a *self-service*, attraverso assetti materiali obbligati, come l'inserzione della moneta nella macchina)[27]. Più che consenso, c'è tacito assoggettamento al programma imprenditoriale di controparte, sudditanza al potere privato altrui; e lo scambio sembra davvero accadere sulla base di atti scollegati, l'atto dell'erogare e l'atto del consumare.

Nondimeno nella logica del capitalismo maturo, recepita appieno dal diritto dell'Unione, alla libertà dello scambio devono accompagnarsi strumenti di verifica che valgano se non altro a garantire la leale concorrenza fra imprese. La tutela del contraente debole non è fine a sé stessa: salvaguardando l'anello finale della catena è garantita la *par condicio* alle imprese che vogliano contendersi quella fetta di mercato, con ricadute positive sulla concorrenzialità del mercato stesso[28]. Ecco che l'adesione

[26] Così s'esprime, ma in termini critici, A. Genovese, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961, p. 804.

[27] E. Roppo, *Contratti standard*, cit., p. 25 ss.; M. Maggiolo, *Il contratto predisposto*, cit., in particolare p. 63 ss. e p. 193 ss.; e per i contratti telematici, fra le ormai molte voci in argomento, C. Scognamiglio, *L'adempimento dell'operazione economica telematica tra «realtà virtuale» ed «interessi dei contraenti»*, in V. Ricciuto, N. Zorzi (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. Galgano*, Padova, 2002, in particolare p. 160.

[28] La tutela del consumatore nel diritto dell'Unione è dunque funzionale alla regolazione e razionalizzazione del mercato, veicolo di maggiore concorrenzialità (S. Weatherill, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford, 2017, *passim* ma p. 27 ss.); e la concorrenzialità del mercato unico è obiettivo predominante delle politiche europee (pure in area nordamericana, specialmente nel discorso economico, si suole narrare di '*consumer sovereignty*', nel senso del consumatore come sovrano regolatore di domanda e offerta, e conseguentemente della concorrenza fra imprese). In quest'ottica si fa più chiaro il perché un diritto povero di disposizioni dedicate al 'privato' com'è il diritto primario dell'Unione, affidi la protezione dei consumatori a ben due previsioni supreme, vale a dire l'art. 169 Tratt. FUE (*ex* art. 153 Tratt. CE) e l'art. 38 Carta UE. Previsioni che proprio per il loro rango, per il loro isolare una 'questione comune' *ex* art. 197 Tratt. FUE (S. Pagliantini, *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della Corte di Giustizia*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra [a cura di], *Giurisprudenza*, cit., p. 103), devono sovrintendere

al contratto *standard*, oltre che implicita approvazione del programma d'impresa, è indiretta cooperazione alla competitività del mercato ed ulteriore legittimazione morale delle dinamiche del capitalismo. La stessa demarcazione fra privato e pubblico lascia il posto ad una compenetrazione di misure e strumenti volti a far sì che, pur in forma pattizia, siano perseguiti interessi sovraindividuali; e sul piano della patologìa si smorza l'antìtesi fra *private* e *public enforcement*, poiché l'uno e l'altro sono chiamati a concorrere nell'attuazione del disegno regolatorio fondamentale[29].

All'altro polo si colloca il contratto interamente negoziato, più raro ma non sconosciuto alla pratica. Si pensi a rapporti d'impresa perfettamente bilanciati ovvero, per fare altro esempio, alla contrattazione immobiliare fra privati, ove può dipanarsi un assetto sostanzialmente paritario. Qui l'equilibrio di potere è tale che ogni clausola per la quale vi sia interesse alla discussione è concordata all'esito di un dialogo aperto e costruttivo; il consenso è pieno, anziché simulacro di sé stesso. La parte generale ritrova allora il suo *habitat* (ma quanti contratti si concludono così?).

Fra l'uno e l'altro polo si situano costellazioni intermedie, che esprimono un *mix* di tacito assoggettamento e consenso negoziato. Le condizioni predisposte coprono parte significativa del tessuto contrattuale e tendono

all'interpretazione sia della normativa comunitaria sia di quella derivata, anteriore e posteriore al loro stesso inserimento nel sistema costituzionale delle fonti; ma previsioni che in omaggio all'art. 4, § 3, Tratt. UE ed al principio di leale cooperazione (O. Porchia, *Princìpi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, p. 5 ss. e p. 124 ss., ed *ivi* ampia bibliografia; nonché Id., *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, III, Napoli, 2014, p. 2312 ss.), devono assumere un ruolo-guida pure nella lettura o rilettura del diritto non derivato, anche qui tanto se anteriore quanto se posteriore (P. Perlingieri, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 135 ss.; e M. Franzen, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlin, 1999, p. 358 ss. e p. 405 ss.).

[29] Esempio emblematico e recente è il d.lgs. 3/2017, attuativo della dir. 104/2014 in materia di risarcimento del danno c.d. *antitrust* (un primo commento è P. Manzini [a cura di], *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Torino, 2017). Ben al di là dei rapporti di consumo, la tutela risarcitoria della vittima di cartelli od intese anticoncorrenziali è impostata come la risultante di un cooperare fra la mano pubblica e quella privata, l'azione amministrativa dell'*Authority* e quella giudiziaria del contraente leso. Questa cooperazione è essenziale: l'Autorità non può 'arrivare dappertutto'; il privato non può prescindere dalle indagini e dall'istruttoria che solo un'Autorità può compiere. Il problema si sposta piuttosto sulle contromisure da adottare quando l'attuazione pubblica e privata del diritto *antitrust*, anziché concorrere, rischino di compromettersi a vicenda. Punto topico sono, al riguardo, i programmi di clemenza (B. Nascimbene, *L'interazione tra programmi di clemenza e azioni di risarcimento nel diritto* antitrust *comunitario: prospettive in tema di* collective redress, in *Dir. Un. eur.*, 2012, p. 731 ss.).

a sottrarsi a qualsiasi mercanteggiamento, ma l'aderente non è a tal punto debole da non 'strappare' qualche concessione. Persino aree un tempo fra le più impersonali, come i contratti bancari ed assicurativi, nell'epoca della crisi conoscono una nuova malleabilità alle richieste della clientela, privata e professionale. Si determina così una gradazione del consenso all'interno di una stessa operazione, la cui veste unitariamente contrattuale non nasconde più quel *mix* d'asservimento ed accettazione (e qui poco importa che le condizioni siano redatte dalla parte o provengano da un terzo redattore, incaricato da questa o istituzionalmente preposto, come il notaio rogante od altro ufficiale autore d'atti pubblici).

Gradazioni del consenso, quadro frammentato. Ecco che pure gli istituti contrattuali, e segnatamente quelli di parte generale, dovranno essere a loro volta graduati e frammentati. È forse questa la strategìa migliore: a formulazione invariata, rileggere gli artt. 1321 ss. c.c. in modo da discernere al loro interno ciò che attiene ad un solo polo, ad es. quello della trattativa integrale, da ciò che può estendersi al contratto per adesione o asimmetrico; e nei casi intermedi dosare con sapienza regole valide a tutto campo e regole di portata ristretta. In particolare la 'consensualità limitata' del contratto *standard* conduce a rimodulare le risposte che tradizionalmente si danno ai problemi dell'interpretazione[30], dei vizi del volere e delle tutele in genere[31]. Ma v'è da supporre che numerosi istituti di parte generale, malgrado questa loro generalità, abbiano ben poco a che vedere con le *quick hand-transactions* dell'uomo qualunque o dell'«uomo che ha fretta»[32], semplicemente perché estranee a quel *full contractual consent* cui la parte generale è ispirata[33].

Per rimanere al metodo pare dunque che il contratto della contemporaneità imponga o renda consigliabile un atteggiamento armonizzatore. L'interprete è chiamato non ad avallare la deriva dell'ordinamento, trattando la parte generale come un'anticaglia od una roccaforte da difendere - entrambi gli approcci sarebbero inadeguati[34] - ma a tentare, per quanto possibile, un'opera di raccordo e adeguamento. D'altra parte, la costruzione di nuovi paradigmi non è mai stata appannaggio del legislatore o del giudice; spetta alla scienza del

[30] *Infra*, § s.

[31] Come detto lo scrutinio di vessatorietà *ex* art. 33 ss. c. cons. scatta sul contenuto delle condizioni generali, ma è escluso per quelle che abbiano formato oggetto di trattativa individuale (art. 34, c. 4, c. cons.). Il discorso si sposta allora sullo stabilire se davvero una trattativa vi sia stata e possa giudicarsi sufficiente ad escludere il sindacato: fra i molti, L.A. Scarano, *Art. 1469-ter, 4° c.*, cit., p. 965 ss.

[32] Espressione di G. Gorla, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 114.

[33] Ancora E. Roppo, *Contratti standard*, cit., spec. p. 164 ss. e p. 219 ss.

[34] G. Alpa, *Il contratto in generale*, I, cit., pp. 288-289, ma anche pp. 641-642.

diritto raccogliere le sollecitazioni che provengono dall'esterno per ricavarne una nuova e superiore unità. Il contratto asimmetrico, generalmente per adesione, deve reagire sulla parte generale perché quest'ultima, con tutta la sua permeabilità, ne restituisca un'immagine più nitida e più completa.

Ecco un esercizio che il dilagare del contratto asimmetrico rende urgente, se l'ambizione è rivitalizzare la parte generale permettendole di svolgere il suo compito; ma un esercizio troppo grande per il presente contributo, che ora prenderà in carico un singolo, per quanto considerevole, profilo.

3. *Un esempio: l'interpretazione contro l'autore della clausola fra parte generale e parte speciale*

Nella parte generale, fra i criteri volti a governare l'ermeneutica del contratto, è citata ad un certo punto l'"interpretazione contro l'autore della clausola". Questa la nota rubrica dell'art. 1370 c.c., che risale al 1942 e dunque a quel gruppo di precetti che il codice, già nella sua formulazione originaria, dedicava alle "clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti"[35]. Dette clausole - continua l'art. 1370 c.c. - "s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro".

La regola non ha bisogno di presentazioni, né richiede in questa sede una ricognizione del suo retroterra, del suo àmbito o delle sue conseguenze[36]. Sia sufficiente rimarcare che essa, nel contesto in cui è posta non è che uno dei possibili criteri c.d. oggettivi (detto grossolanamente, gli artt. 1366-1370 c.c.), ciascuno dei quali posposto a quelli c.d. soggettivi (non meno grossolanamente, gli artt. 1362-1365 c.c.); e fra i criteri oggettivi non appare neppure il principale, se è vero che il legislatore l'ha collocata in ultima posizione, immediatamente prima delle regole finali *ex* art. 1371 c.c., che peraltro hanno poco dell'ermeneutica e molto dell'integrazione[37]. La

[35] Ma la disciplina delle tecniche ermeneutiche dovuta alla codificazione del '42 è essa stessa fortemente innovativa, come rimarca, ancora di recente, G. Chiodi, *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in F. Macario, M.N. Miletti (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, p. 165.

[36] Per tutti, K. Kosche, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, Tübingen, 2011; e fra i classici, G. Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, *passim*, ma in particolare p. 102; e C. Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, pp. 204-211.

[37] In tal senso N. Irti, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in Id. (a cura

giurisprudenza interna sembra ripercorrere fedelmente queste traiettorie[38].

Insomma: nella parte generale l'*interpretatio contra proferentem* o *contra stipulatorem* non è primaria, ed anzi ricopre un ruolo defilato in ragione della sua settorialità - essa concerne 'soltanto' il contratto predisposto - e della sua eccentricità, poiché suppone una volontà sbilanciata che nella parte generale non può non essere deviante[39].

All'opposto nella rilettura sistematica poc'anzi prospettata questo stato di cose non è più sostenibile. L'ascesa del contratto predisposto ed asimmetrico, per lo più sinonimi, fa della regola un contraltare della comune intenzione *ex* art. 1362 c.c.[40] Come nel contratto paritetico è spontaneo badare anzitutto alla volontà delle parti, all'altro polo, negli scambi senz'accordo, l'art. 1370 c.c. guadagna un peso completamente diverso. Qui sarebbe retrogrado parlare di criterio marginale. Poiché il contratto predisposto ed asimmetrico non è più (o forse non è mai stato) marginale, l'interpretazione contro il predisponente diviene dispositivo principale di riequilibrio del rapporto, minato dalla redazione o dall'impiego di clausole dubbie ad opera della parte che vorrebbe imporle all'aderente.

Sennonché questo discorso sarebbe ancora monco, se non si considerasse l'evoluzione del diritto e della giurisprudenza comunitari in materia di tutela del consumatore, con particolare riferimento alla dir. 13/1993 ed alla corrispondente normativa d'attuazione. Infatti sentenze recenti della Corte di Giustizia[41], facendo leva sull'ingresso dei nuovi parametri

di), *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Padova, 2000, p. 624 nt. 20; e A. Gentili, *Senso e consenso*, Torino, 2015, pp. 603-604 (ma non altrettanto ritiene l'a. per l'art. 35, c. 2, c. cons., come emerge a p. 636); *contra*, vale a dire per la prevalenza dell'*interpretatio contra proferentem* sugli altri parametri oggettivi, G. Oppo, *Profili dell'interpretazione*, cit., p. 103; M. Costanza, *Interpretazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 342; S. Martuccelli, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2000, pp. 58 e 139; A. Genovese, *L'interpretazione del contratto* standard, Milano, 2008, p. 208 ss.; L. Bigliazzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, (rist.) 2013, pp. 341-342, nt. 5, e 347 ss. (nonché A. Gentili, *Senso e consenso*, cit., p. 636, per il solo art. 35, c. 2, c. cons.).

[38] Basti citare Cass., 27 maggio 2005, n. 11278, in *Contratti*, 2006, p. 221 ss., con nota di C.M. Cascione; e Cass., 13 maggio 1998, n. 4815, in *Corr. giur.*, 1999, p. 469 ss., con nota di I. Nasti.

[39] F. Di Giovanni, *La regola di trasparenza*, in E. Gabrielli, E. Minervini (a cura di), *I contratti dei consumatori*, I, in *Tratt. contr. Rescigno*, Torino, 2005, p. 373.

[40] A.M. Azzaro, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, p. 269 ss.; e M. Pennasilico, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, in P. Perlingieri, E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004, p. 145.

[41] Cfr. in particolare, C. Giust. UE, 26 febbraio 2015, C-143/13, *Matei e Matei c. Volksbank*, in *Contratti*, 2015, p. 753 ss.; e C. Giust. UE, 23 aprile 2015, C-96/14, *van Hove c. CNP*

costituzionali di cui agli artt. 169 TFUE e 38 Carta UE, sembrano dare alla tutela contrattuale del consumatore ampiezza e profondità nuove. Per dirla in modo plastico, la trasparenza o chiarezza e comprensibilità del testo predisposto sembrano sostituire quello che è il consenso sul testo negoziato (artt. 5, proposizione 1ª, dir. 13/1993 e 35, c. 1, c. cons.); l'interpretazione contro l'autore della clausola sembra elevarsi da criterio ermeneutico a rimedio (artt. 5, proposizione 2ª, dir. 13/1993 e 35, c. 2, c. cons.).

Occorre però un passo indietro, perché nel caso di specie, per una volta, il legislatore europeo sembra non aver fatto ricorso alla tanto deplorata tecnica o prospettiva rimediale[42]. Vero è che di regola alla costruzione della fattispecie egli preferisce l'intitolazione diretta del rimedio, e da tale intitolazione l'interprete cerca poi di risalire agli elementi 'sostanziali' della pretesa[43]. Vero è pure che altre volte questo legislatore prescinde persino dall'assegnazione del rimedio per fissare un puro obiettivo, e a tale obiettivo l'interprete cerca poi di tendere nella ricerca della norma secondaria o sanzione[44]. Qui invece il quadro di fattispecie e rimedio pare tutto sommato completo ed anzi si nota una qualche continuità fra l'una e l'altro - salvo il problema, non secondario, della rispettiva vaghezza -, al punto che la tecnica adoperata non si discosta *prima facie* da quella consueta in àmbito

Assurances, *ivi*, p. 758 ss., entrambe con nota di S. Pagliantini (ed a proposito delle quali, più ampiamente, *infra*, § 9).

[42] Ma è possibile un 'remedialismo' moderato: di recente, A. Plaia, *Giurisprudenza per princìpi ed effettività delle tutele*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per princìpi e autonomia privata*, Torino, 2016, specialmente p. 159 ss. Questo 'remedialismo' moderato o 'italiano', assai diverso da quello di *Common law* - con tutta l'approssimazione del caso -, può farsi risalire ad alcune pagine di A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 23 ss. (non del tutto recepite dalla dottrina successiva, ove spicca A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, in particolare p. 13 ss., p. 49 ss. e p. 71 ss.).

[43] Emblematica di questa strategìa è la disciplina comunitaria delle vendite al consumo, contenuta nella dir. 44/99: per un commento alla tecnica, oltre che ai contenuti, fra gli altri, A. Di Majo, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 6 ss.; G. D'Amico, *La disciplina della vendita come «tipo generale» (Elogio della differenziazione)*, in F. Macario, M.N. Miletti (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità*, cit. p. 455 ss.; e S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, p. 397 ss.

[44] Un esempio è dato dalla normativa europea sulle pratiche commerciali sleali, secondo pilastro di tutela consumeristica accanto alla dir. 13/1993: le prescrizioni sono folte ed analitiche, ma tutte costruite in termini di precetto primario, mentre la costruzione di quello secondario è sempre rimessa al legislatore nazionale: per tutti, G. De Cristofaro, voce *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir*. *Annali*, V, Milano, 2012, *passim*, ma in particolare p. 1101 ss. Prima che 'rimediale' pare una tecnica legislativa di pura fissazione d'obiettivi.

codicistico[45]. Che sia criterio ermeneutico o rimedio, l'interpretazione protettiva non è agganciata al mero fatto della predisposizione, ma ha la sua fattispecie 'sostanziale', vale a dire chiarezza e comprensibilità *ex* artt. 5, proposizione 1ª, dir. 13/1993 e 35, c. 1, c. cons. Si staglia così un dovere di trasparenza redazionale della parte forte ed un corrispondente diritto della parte debole, posizioni sostanziali che, almeno di prim'acchito, preesistono al rilascio della tutela, vale a dire dell'interpretazione protettiva *ex* artt. 5, proposizione 2ª, dir. 13/1993 e 35, c. 2, c. cons.

E proprio per non rinnegare *a priori* le categorie, per una volta rispettate dal legislatore europeo, si provi a muovere anzitutto dalla fattispecie e dopo, soltanto dopo, a spostare l'attenzione sullo strumento di tutela: prima il comando di trasparenza, poi l'interpretazione *contra proferentem*.

4. *I capisaldi della dir. 13/1993 e il problema della trasparenza del contratto*

Come noto la dir. 13/1993, con le successive modifiche e le relative norme d'attuazione, mostra due principali dispositivi: il controllo sul contenuto del contratto, che prelude all'espulsione delle clausole affette da vessatorietà sostanziale a garanzia del c.d. equilibrio normativo (artt. 3, c. 1, dir. 13/1993 e 33, c. 1, c. cons.); ed il requisito di chiarezza e comprensibilità delle clausole unilateralmente predisposte, a salvaguardia dell'equilibrio 'cognitivo' (artt. 5, proposizioni 1ª e 2ª, dir. 13/1993 e 35, commi 1 e 2, c. cons.).

L'ispirazione di fondo consiste nello scopo politico-legislativo di combattere l'abuso di potere contrattuale, abuso che può facilmente scatenarsi quando le controparti siano l'una professionale e l'altra no. È però semplice osservare fin da questa veloce scorsa che, a prescindere dalle qualità soggettive delle parti, l'abuso è dietro l'angolo in tutti i rapporti asimmetrici ed il maggior veicolo d'abusi è proprio la predisposizione unilaterale, fenomeno più largo della stretta materia consumeristica. Ecco perché questa materia, sebbene apparentemente chiusa, ha per natura vocazione espansiva, che finisce col contrastare la vocazione parimenti espansiva della parte generale, in un gioco di spinte e controspinte che è il motivo conduttore dell'ipotesi sistematica allo studio[46].

[45] Ciò che richiede un'opera interpretativa per certi versi ancora più minuziosa e scaltra, perché l'inconsueta sintonìa potrebbe indurre a banalizzazioni: *infra*, in particolare § 6 ss.

[46] «Consumer protection measures in contract law function primarily by reducing the reflexive qualities of private law regulation»: così H. Collins, *Transnational private law*

Accanto a questi due capisaldi permane un problema aperto, vale a dire il sindacato sulla "determinazione dell'oggetto del contratto" e sull'"adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi", a protezione del c.d. equilibrio economico (artt. 4, c. 2, dir. 13/1993 e 34, c. 2, c. cons.); problema irrisolto perché, se da un lato quest'equilibrio è generalmente sottratto al controllo - ed anzi proprio qui deve dispiegarsi la libera concorrenza fra imprese - un sindacato è ammesso in caso di difetto di trasparenza (così ancora l'art. 34, c. 2, ultima proposizione, c. cons.). Ma nessuno è in grado di stabilire con certezza, al momento, quale sia la sorte delle clausole sull'oggetto 'economico' mancanti di chiarezza e comprensibilità[47]. Il punto - cruciale in sé, per il suo attingere la questione della giustizia contrattuale e prefigurare un deciso attivismo del giudice - non è urgente in questa sede e può refluire nel discorso più generale circa precetto e sanzione della trasparenza.

Per tornare invece ai due segmenti del controllo contenutistico e di trasparenza, va detto che per molto tempo nell'area delle tutele contrattuali del consumatore, quale delimitata anzitutto dalla dir. 13/1993, la prima forma di controllo ha lasciato ben poco spazio alla seconda. Ma già nel codice di settore la trasparenza assurge a diritto fondamentale, se è vero che in forza dell'art. 2, c. 2, lett. e), c. cons. "ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti (…) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali". Chiedere al consumatore di rimanere vincolato a clausole da altri imposte e prive del sufficiente nitore significherebbe attentare alla sua stessa "dignità contrattuale" (art. 2, c. 2, lett. e], c. cons.); e come la buona fede nelle trattative, così la trasparenza in assenza di negoziato costituiscono un presidio minimo che s'erge a fondamentale[48].

regulation of markets, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 978.

[47] In tema, fra i primi commentatori, F.D. Busnelli, U. Morello, *La direttiva 93/13 C.E.E. del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive stipulate nei contratti con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, p. 374 ss.; S. Monticelli, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell'art. 1469* quinquies*, commi 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, in particolare p. 568 ss.; dopo l'entrata in vigore del c. cons., che però non ha recato sul punto alcuna innovazione, G. Di Giovine, *Art. 35 (forma e interpretazione)*, in E. Cesàro (a cura di), *I contratti del consumatore*, Padova, 2007, p. 527 ss.; per giungere a contributi recenti che, pur guardando al più lato problema della giustizia contrattuale, dedicano particolare attenzione alle norme in commento: G. Alpa, *Il contratto in generale*, I, cit., p. 289 ss.; F. Piraino, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 233 ss.

[48] Sulla natura 'fondamentale' dei diritti *ex* art. 2, c. 2, c. cons. s'è talora ironizzato (C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile*, Bologna, 2015, pp. 206-207), ma molti fra questi andrebbero presi sul serio, come quello, non banale, all'educazione *ex* artt. 2, c. 2, lett. d), e 4 c. cons. (G. Alpa, *Introduzione*, in Id. [a cura di], *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, p. 22).

Dalla lettura degli artt. 5, proposizione 1ª, dir. 13/1993, e 35, c. 1, c. cons.[49], nonché del § 307, c. 1, periodo 2°, BGB[50] - la norma non compariva come tale nell'AGB-*Gesetz* prima dell'incorporazione codicistica[51] - si coglie all'istante che la trasparenza non è un dato neutrale o speculare, che permei di sé la posizione delle parti a prescindere dal rispettivo *status*; essa è invece un 'diritto' del consumatore e un 'dovere' del professionista – sia pur diritto e dovere in senso lato, come si dirà -, strumento di lotta a suo modo di classe, anche se qui la classe non è sociale ma occasionale, com'è occasionale la qualità di consumatore. Lo strumento pretende di restituire a quest'ultimo quella consapevolezza dell'agire contrattuale che la sua condizione d'inferiorità precluderebbe da principio[52]. Che poi il consumatore 'qualunque' sia davvero desideroso di maggiore nitidezza testuale o di maggiori informazioni precontrattuali, ed in ciò ripaghi le sue debolezze non solo cognitive, è tutt'altro discorso. L'effettiva propensione ad orientare le scelte secondo le informazioni ricevute o l'accessibilità del testo proposto rimane presumibilmente un idolo. Come premesso il contratto del consumatore pare sempre più uno scambio meccanico, un *do ut des* senza dialogo né riflessione, ove l'esigenza di brevità e d'economìa del pensiero supera di gran lunga la formazione di scelte consapevoli ed informate.

Dunque, benché il discorso sia forse semplicistico e non dia conto delle mille particolarità del caso, la trasparenza delle condizioni propinate al consumatore non è un fattore di salvaguardia della sua libertà contrattuale. Lo sarebbe in un mercato perfettamente concorrenziale e nell'agire perfettamente razionale di tutti i soggetti coinvolti, ove il consumatore potesse (e volesse) comparare i formulari di ciascun operatore e quest'ultimo

[49] A proposito dei quali, fin d'ora, V. Rizzo, *Art. 1469*-quater. - *Forma e interpretazione*, in AA.VV., *Commentario al capo XIV* bis *del codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469*-bis – *1469*-sexies), in *Nuove leggi civ.*, 1997, p. 1176 ss., ripubblicato in C.M. Bianca, F.D. Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XIV* bis *del codice civile: dei contratti del consumatore (Art. 1469-bis - 1469-sexies)*, Padova, 1999, p. 783 ss.

[50] Fra i commenti 'a caldo', per tutti, S. Lorenz, T. Riehm, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, p. 56; e P. Huber, F. Faust, *Schuldrechtsmodernisierung*, München, 2002, pp. 463-464.

[51] A proposito del previgente § 8 AGB-*Gesetz* (ora § 307, c. 3, BGB), fra gli altri, M. Stoffels, *Schranken der Inhaltskontrolle*, in *Juristen Zeitun*g, 2001, pp. 845-846; più ampiamente, J. Schäfer, *Das Transparenzgebot im Recht der AGB*, Frankfurt a. M., 1992, *passim*. Il principio di trasparenza nelle condizioni generali di contratto fu elaborato dalla dottrina tedesca soprattutto a partire dal § 9 AGB-*Gesetz*, e questa dottrina ricevette il plauso del BGH (fra le altre, BGHZ 106, 42, 49; BGH, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1997, p. 1068; BGH, *ivi*, 1999, p. 276).

[52] Fra i molti, A. Di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 17-18; e G. Alpa, *Il contratto in generale*, I, cit., p. 295 ss.

potesse fare conto sulla capacità del primo di comportarsi di conseguenza. Lo sarebbe in una situazione del tutto improbabile nella quale il consumatore fosse abilitato a trattare e contribuire alla formazione del regolamento[53]. Ma nella fase che precede la stipulazione egli non può scegliere né trattare, e spesso neppure lo vuole veramente.

Ecco che la trasparenza pare soprattutto un fattore di tutela *ex post*. Maggiore chiarezza e comprensibilità significa essenzialmente maggiore coscienza del consumatore circa gli strumenti che l'ordinamento predispone a sua protezione[54]. Ed è cosa che raramente si medita in anticipo, quando il rapporto non è ancora sorto. Poiché si tratta di vicende squilibrate l'attività 'promozionale' è addossata alla parte forte, che nello scrivere clausole chiare e comprensibili illustra la tutela cui controparte ha titolo.

Tuttavia alludere al principio di trasparenza come ad un veicolo informativo per il miglior accesso agli strumenti (giudiziali o stragiudiziali) di tutela consumeristica significa condannare il principio stesso ad un rango deteriore e poco 'giustiziabile'. E al contrario proprio la Corte di Giustizia, con alcune decisioni recenti, sembra dare alla trasparenza un peso ed uno spazio non riducibili all'idea della ricognizione o della formula ripetitiva, quasi un nuovo *élan* in materia di chiarezza e comprensibilità[55]. Ad esempio in *Van Hove* si legge: «(…) poiché il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 si fonda sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda, in particolare, il grado di informazione, tale obbligo di trasparenza deve essere interpretato in modo estensivo»[56].

[53] Di qui la '*doctrine of inequality of bargaining power*', che si tende a far risalire a Lord Denning nel famoso *Lloyds Bank LTD v. Bundy*, in *All England Law Reports*, 1974, p. 757 (in tema anche A.G. Guest, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 1984 p. 249).

[54] Le pagine più nitide in tale direzione sono forse quelle di M. Wolf, *Party Autonomy and Information in the Unfair Contract Terms Directive*, in S. Grundmann, W. Kerber, S. Weatherill (ed.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin-New York, 2001, pp. 319-324.

[55] E viene all'opposto sminuito il dubbio se chiarezza e compensibilità costituiscano un'endiadi normativa o racchiudano un duplice e distinto fattore di trasparenza. Ma è la stessa logica estensiva che pervade ormai la giurisprudenza comunitaria a disincentivare analisi di tipo esegetico-letterale: P. Giammaria, *Art. 1469*-quater - *Forma e interpretazione*, in G. Alpa, S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie*, cit., pp. 1021-1023; V. Rizzo, *Art. 1469*-quater, cit., pp. 804-805; e G. Di Giovine, *Art. 35*, cit., p. 504 ss.

[56] C. Giust. UE, 23 aprile 2015, cit., § 40 (ma analoghe formule compaiono in C. Giust. UE, 26 febbraio 2015, cit.). Ancora C. Giust. UE, 23 aprile 2015, cit., enuncia che la riserva di cui all'art. 4, c. 2, dir. 13/1993, per la quale il controllo di vessatorietà non si estende alle clausole che fissano il corrispettivo di beni o servizi, dev'essere interpretata 'in maniera restrittiva'. Ma si ha tutta l'impressione delle formule posticce ed alfine poco

Per uscire da questa strettoia bisogna però isolare una norma secondaria che sappia innalzare il principio oltre la soglia della pura enunciazione[57].

5. *Clausole mancanti di chiarezza e comprensibilità: la trasparenza come regola di comportamento (critica)*

Malgrado qualche voce contraria[58], non c'è un nesso reale tra buona fede e trasparenza. La perdita di collegamento si vede molto bene in ciò, che negli ordinamenti dell'Europa continentale - Germania e Italia in testa - buona fede precontrattuale significa essenzialmente comportamento leale e corretto durante il negoziato. La buona fede è fonte d'obbligazioni positive di *facere*, ancorché a contenuto variabile perché descritte per il tramite della clausola generale. In particolare, e solo per citare il punto più pertinente, la buona fede implica l'obbligazione di devolvere a controparte le informazioni sufficienti ad assumere scelte vigili e mature, e dunque davvero 'volute'.

Viceversa, poiché nel contratto *standard* non ha luogo alcun negoziato e il dialogo fra le parti si riduce ai minimi termini, chiarezza e comprensibilità delle condizioni predisposte non giocano in realtà alcun ruolo nelle deliberazioni precontrattuali del consumatore. Come premesso le parti raggiungono l'accordo sugli elementi 'mobili' o mutevoli, che richiedono un consenso originale e speculare - ad es. qualità e quantità della merce - mentre le clausole fisse entrano nel rapporto 'così come sono', per il mero fatto della predisposizione e senza che il consumatore possa né voglia sottoporle ad una delibazione preventiva. È come se l'accordo si riarticolasse su due livelli: sugli elementi mutevoli - pochi - esso ricalca il consenso prestato all'esito della trattativa individuale, con la caratteristica tutto sommato marginale della sua semplicità (le parti dialogano brevemente su qualità e

utili, riempitive prima che giurisdizionali.

57 La sanzione - giova ripeterlo - non può consistere nella spontanea concorrenzialità del mercato, ovvero nelle scelte razionali del consumatore capace d'espellere dal circuito commerciale il professionista non-'trasparente' (T. Wilhelmsson, *Private Law Remedies against the Breach of Information Requirements of EC Law*, e H.P. Schwintowski, *Informationspflichten und effet utile - Auf der Suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem*, entrambi in R. Schulze, M. Ebers, H.C. Grigoleit [Hrsg.], *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen, 2003, pp. 245-290; nella dottrina italiana, fra i molti, V. Rizzo, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, Napoli, 1997, p. 51 ss.; e A.M. Azzaro, *I contratti non negoziati*, cit., pp. 92 ss. e 276 ss.).

58 Da ultimo, M.F. Campagna, *Note sulla trasparenza del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1036 ss. e in particolare p. 1060 ss. (*ivi* ampia bibliografia).

quantità della merce o del servizio atteso); sugli elementi fissi il consenso dell'aderente degrada a presa d'atto o tacito assoggettamento, e poiché la sua soggezione alle condizioni altrui è automatica, ìnsita nel puro fatto d'aver stipulato, il loro tenore è ininfluente ai fini della formazione della volontà[59].

Ecco perché la trasparenza del contratto per adesione, a differenza della buona fede *in contrahendo*, non gioca un ruolo pre-contrattuale ma post-contrattuale: non è fattore di salvaguardia della libertà di scelta del consumatore, le cui deliberazioni 'a monte' non risultano dettate dalla maggiore o minore intelligibilità del formulario, ma è veicolo di conoscenza 'a valle' dei diritti e degli obblighi che il contratto fa ricadere sulle parti, secondo l'unilaterale programmazione del professionista.

Deve pertanto negarsi che nei contratti per adesione, come sono tipicamente i contratti del consumatore, la trasparenza 'inveri' o 'reincarni' la buona fede *ex* art. 1337 c.c. Essa invece la rimpiazza[60].

Neppure può accogliersi la tesi secondo cui buona fede *in contrahendo* e trasparenza sarebbero unificate da ciò, che dall'una scaturirebbe l'obbligo d'osservare l'altra, quasi chiarezza e comprensibilità costituissero obbligo *ex fide bona* della parte forte. L'autore di clausole opache od incomprensibili incorrerebbe allora in responsabilità precontrattuale[61].

Pare invece che, a voler scovare qualche *pendant*, la trasparenza assomigli maggiormente ad un requisito di forma-contenuto, genetico e non funzionale, frutto d'una regola *lato sensu* di validità anziché di comportamento[62]. A pensar diversamente si dovrebbe ipotizzare, ad es., che esista un obbligo *ex fide bona* di determinare l'oggetto o di adoperare la forma prevista per la validità. I piani sono diversi: se l'oggetto è indeterminato o se manca la forma *ad substantiam*, il contratto è nullo; se la parte si comporta scorrettamente durante le trattative, ne risponde. Non c'è alcun collegamento necessitato. Il contratto può essere nullo senza che venga in rilievo una responsabilità *in contrahendo*; quest'ultima può sorgere anche in presenza di un contratto valido.

[59] Tutto ben noto, ma cfr. fra gli altri, M. Orlandi, *La forma dei contratti di massa*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, cit., p. 1251 ss. e in particolare p. 1257 ss.

[60] P. Gaggero, *Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 461 ss. e in particolare p. 489 ss.; precedentemente, A. Jarach, *Art. 35 (forma e interpretazione)*, in E. Cesàro (a cura di), *I contratti del consumatore*, cit., p. 555.

[61] P. Sirena, *Art. 1469-ter, 2° c.*, in G. Alpa, S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie*, cit., pp. 870-871.

[62] M. Pennasilico, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011, p. 282 ss.; in tema anche E. Morelato, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 592 ss.; e Id., *Nuovi requisiti di forma del contratto*, Padova, 2006, *passim* ma in particolare p. 38 ss.

Quel "devono" di cui all'art. 35, c. 1, c. cons. non può essere spiegato come generatore di un obbligo assimilabile alla buona fede, lo 'scrivere bene' sinonimo di lealtà e correttezza tecnicamente dovute. Ma la ragione dell'equivoco sta presumibilmente in ciò, che a differenza dei tradizionali requisiti *ad substantiam* - si pensi ancora alla forma, quando prescritta -, chiarezza e comprensibilità del formulario devono essere esaudite, realizzate, raggiunte (ma a rigore non 'prestate') soltanto dal contraente che intenda valersene, sicché vien meno la normale bilateralità del requisito di struttura[63]. Ecco l'equivoco: l'uso del "devono", quel porre la trasparenza a carico del predisponente fa pensare ad un obbligo di parte, e fa catalogare la fattispecie nell'alveo della responsabilità *in contrahendo*. Ma l'esistenza di una fattispecie, per una volta espressamente enunciata dal legislatore comunitario a dispetto della più consueta strategìa rimediale, non deve portare l'interprete a sopravvalutare la lettera, creando una specie di simbiosi fra il "devono" dell'art. 35, c. 1, c. cons. e il "devono" dell'art. 1337 c.c. (o dello stesso art. 5, c. 3, c. cons.).

Non è dunque acconcio discorrere d''obbligo' o d''obbligazione' di trasparenza, se con questi vocaboli s'alluda ad un vincolo positivo d'agire del professionista, un vincolo che, laddove disatteso, darebbe luogo a responsabilità nelle trattative.

6. segue: *L'oggettivazione del requisito di trasparenza e del suo difetto*

Alcuni profili ulteriori giungono a confermare l'assunto. Per raggrupparli li si potrebbe accomunare nella spinta verso l'oggettivazione del difetto di trasparenza come vizio del contratto, e nella consequenziale oggettivazione dei rimedi.

In primo luogo il difetto è per sua natura genetico, nel senso che attiene o 'attenta' alla formazione del vincolo, quando il testo predisposto *ex uno latere* sia chiamato, per lo meno in parte, a farsi statuto del rapporto. Ma a ben vedere il vizio ha una sua indipendenza e quasi preesistenza. L'operatore professionale stende un blocco di clausole fisse non per adoperarle *una tantum*, in questa o quella contrattazione, ma per utilizzarle sistematicamente

63 Ma l'incertezza regnava già nella Relazione al Codice Civile, Libro IV, § 626, ove l'interpretazione favorevole all'aderente è posta in correlazione all''obbligo del *clare loqui*' gravante su parte predisponente. Incertezza veniale, ma sintomatica (in termini generali, L. Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 161).

e ripetutamente. Detto altrimenti le condizioni sono generali proprio perché strutturate per usi reiterati, un *kit* dell'imprenditore atto a regolarne i rapporti con chi lo preceda e chi lo segua nella catena produttiva e distributiva. In questa struttura e funzione delle clausole *standard* si traduce il fatto della predisposizione unilaterale, volta a "disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali" (così l'art. 1342, c. 1, c.c.)[64].

Ora, se questa è la *ratio*, e di tale *ratio* partecipa l'esigenza di chiarezza e comprensibilità, anche il difetto di trasparenza ha una sua indipendenza e preesistenza, una sua oggettività. Esso inficia il formulario come tale, prima che questo o quel patto intercorso fra predisponente e aderenti; è un vizio del *kit* prima che del suo prodotto. Che poi i rapporti retti da quel formulario siano più o meno numerosi o si riducano persino ad un singolo ed isolato utilizzo, non fa molta differenza.

Volendo allargare lo sguardo si nota fin da subito un divario fra la natura del vizio, la mancanza di chiarezza e comprensibilità del formulario, ed il modello corrente del processo 'a due'. Il difetto è indipendente e preesistente, corrompe il *kit* dell'imprenditore prima che quel singolo rapporto, ma la tutela invocata dalla parte debole generalmente prende le forme dell'azione individuale, che al predisponente vede contrapposto l'aderente parimenti individuale, e non l'intera classe dei (veri o potenziali) danneggiati. Mentre il formulario è uno ma ripetibile, ed anzi creato proprio per essere iterato, la relazione contrattuale è di per sé irripetibile, e tende a parcellizzare e minimizzare la tutela. Lo sforzo processuale è tutto sulle spalle dell'attore singolo, che decida d'opporsi a clausole abitualmente impiegate da controparte, la quale può contare sull'inerzia od apatìa di tutti gli altri aderenti. Di qui il fiorire, ancora timido in Europa, di modelli processuali

[64] Soprattutto con la dir. 13/1993 e la normativa interna derivata ha perso rilievo la distinzione tra testo predisposto unilateralmente per un singolo utilizzo - dunque a suo modo 'personalizzato' - e condizioni generali: quel che rileva è infatti l'assenza di trattativa individuale, assenza che si dà tanto per la prima quanto per la seconda ipotesi (come osservavano già C. Grassetti, *L'interpretazione del negozio*, cit., p. 204 ss.; e lo stesso E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. 2ª ed. 1960, Napoli, 2002, pp. 354-355; seguìti dalla dottrina dei primi Anni '70). E questa perdita di rilievo trova un referente presuntivo nel già commentato art. 34, c. 5, c. cons. (tratto dall'art. 3, c. 2, 3ª proposizione, dir. 13/1993), che per l'una e per l'altra ipotesi ònera parte predisponente di dimostrare, se del caso, il negoziato particolare su questa o quella clausola precompilata (*supra*, § 1). La giurisprudenza ha però mantenuto un atteggiamento circospetto, anche dopo le novità di provenienza comunitaria, come s'evince da Cass., 27 maggio 2003, n. 8411, e da Cass., 17 gennaio 2008, n. 866, in *Assicurazioni*, 2008, II, p. 197, che ai fini dell'applicazione dell'art. 1370 c.c. non assimila moduli e formulari alle clausole preparate per un singolo affare (fra gli altri, L. Di Nella, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 363).

aggregati o collettivi[65]; di qui il fiorire, più ampio anche in Italia, del controllo amministrativo e preventivo sulle condizioni generali esercitato dalle Autorità[66].

In secondo luogo non può assumere rilievo la psiche o stato soggettivo del predisponente, nel senso che il difetto di trasparenza rileva quale che sia la retrostante intenzione lesiva o la retrostante negligenza, imprudenza o imperizia dell'autore delle clausole. Il giudizio si riduce al puro raffronto fra la clausola 'così com'è' e quella che avrebbe dovuto essere secondo trasparenza. A nulla varrebbe allora, per il professionista che si dichiari all'oscuro dell'effetto distorsivo della clausola, allegare e provare l'assenza di dolo o colpa[67].

Infine - ma i profili sarebbero molti - questo canone di chiarezza e comprensibilità, proprio perché proteso ad un giudizio che trova nel formulario *standard* il suo oggetto, dovrà essere a sua volta *standard* anziché commisurato all'orizzonte ricettivo (*Empfängershorizont*) di questo o quell'aderente particolare. Il controllo deve cioè trascendere l'orizzonte ricettivo dell'aderente-individuo per correlarsi a ciò che avrebbe compreso il consumatore *standard* (non necessariamente 'medio', ma medio per quel genere di contrattazioni). D'altra parte, non svolgendosi alcuna trattativa né dialogo significativo prima della conclusione, non è data ai contraenti alcuna opportunità di personalizzare il regolamento ed avvicinare, per quanto possibile, i rispettivi codici comunicativi. Ad es. in *Kásler e Káslerné Rábai* la Corte di Giustizia ha promosso il metro dell''consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avvertito', che poi, all'evidenza, esattamente 'medio' non è: un consumatore informato, osservante e circospetto, nei limiti del ragionevole[68]. Però in *Aziz* alcune espressioni sembrano alludere piuttosto al consumatore vulnerabile, assai poco dotato[69]. Le idee non sono sempre chiarissime.

[65] Sia consentito rinviare a E. Ferrante, *L'azione di classe nel diritto italiano*, Padova, 2012; e per alcune considerazioni sulla funzionalità degli strumenti collettivi adottati su scala europea, Id., Opt-out *ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera* class action *in Italia e in Europa*, in *Contr. e impr. Europa*, 2012, p. 483 ss.

[66] H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen, 2015, p. 215 ss.

[67] Quest'oggettivazione del vizio giova sì all'aderente-consumatore, ma sul lungo periodo finirà col premere sul predisponente perché sia innalzata la qualità del formulario, e formulari impeccabili giovano pure a chi li abbia predisposti (come rimarcava con forza E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, pp. 143-144).

[68] C. Giust. UE, 30 aprile 2014, C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, § 74.

[69] In ogni caso anche quest'ultimo profilo d'oggettivazione giova anzitutto all'aderente: egli non potrà vedersi opporre veri o presunti chiarimenti fornitigli, per iscritto o a voce, durante o dopo la stipulazione (*contra*, P. Giammaria, *Art. 1469*-quater, cit., p. 1028);

La ricostruzione di un aderente-tipo cui legare il giudizio implica che non sarà protetto l'aderente le cui capacità cognitive siano inferiori alla media, ma neppure potrà tutelarsi solo chi vanti un grado d'avvedutezza superiore. In ogni caso, a fronte di un'opacità acclarata secondo lo *status* dell'aderente medio la tutela di legge spetterà per il solo fatto dell'opacità, senza bisogno di dimostrare che nel caso di specie l'aderente ne è caduto vittima[70].

Questi profili d'oggettivazione della trasparenza e del suo *deficit*, malgrado la diversa impressione che possono destare, non sono fattori di protezione unilaterale od esclusiva dell'aderente. Essi contribuiscono allo svolgimento equilibrato del rapporto ed alla gestione razionale della sua patologìa nell'interesse dell'una e dell'altra parte, di chi detta e di chi subisce le regole del gioco; prima ancora, essi traducono sul piano individuale la tensione filo-concorrenziale del nuovo diritto dei contratti, che bada all'efficienza del mercato nel suo complesso piuttosto che alla salvaguardia di questo o quel contraente[71].

7. segue: *La tesi della vessatorietà (critica)*

Secondo altra tesi la clausola non chiara né comprensibile sarebbe automaticamente vessatoria ai sensi dell'art. 33, c. 1, c. cons. Ecco che il difetto di trasparenza verrebbe ad integrare uno fra i possibili ìndici di

se però la clausola è fin da principio trasparente, questa natura genetica del vizio giova al professionista, che non potrà vedersi sollevare contestazioni legate ad eventuali opacità extratestuali od asserite informazioni fuorvianti rese al consumatore al di là e al di fuori del tenore letterale del patto (in termini generali, F. Di Giovanni, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, p. 81 ss.; e A. Di Amato, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, Napoli, 1999, p. 193 ss.).

[70] Concorde A. Gentili, *Senso e consenso*, cit., p. 607. Di conseguenza sarà tutelato anche il consumatore d'avvedutezza superiore: poiché non occorre la prova del raggiro, poiché è pur sempre il parametro medio a fare testo, anche l'aderente specialista od il consumatore straordinariamente avveduto potrà far valere il difetto di trasparenza. Tuttavia, accanto a questa difesa rafforzata dell'aderente, il corollario finisce col beneficiare lo stesso predisponente. Infatti, volendo egli creare un blocco di clausole uniformi, potrà puntare difilato al *target* del contraente medio, per lo meno per genere e specie di contrattazione, e non potrà né dovrà abbassarne ad oltranza il livello qualitativo, per poi sentirsi comunque rimproverare un'opacità da chi si professi inetto a comprendere questa o quella clausola. Soddisfatto il registro medio egli è al riparo da qualsiasi doglianza, in particolare quella di chi, vittima di un'opacità, tenti d'argomentarla sulla base delle proprie competenze inferiori alla media.

[71] Ancora G. Alpa, *Il contratto in generale*, I, cit., p. 399 ss.

significativo squilibrio in contrasto con la buona fede[72]. Torna nuovamente in gioco la buona fede, ma questa volta una buona fede valutativa, diversa sia dalla regola d'azione *ex* art. 1337 c.c. sia da quella d'interpretazione *ex* art. 1366 c.c.[73]

Superfluo rammentare la scarsa incisività dei parametri generali *ex* art. 33, c. 1, c. cons., sopraffatti da giudizi di vessatorietà fondati in via esclusiva sulle liste 'grigia' o 'nera': il verdetto di vessatorietà raramente dipende da quei parametri, e quasi sempre dalle presunzioni di cui agli artt. 33, c. 2, o 36, c. 2, c. cons.[74] Da ciò discende *in primis* che gli elenchi, anziché orientare, esauriscono nei fatti il sindacato sul contenuto ed è la buona fede, e non certo le presunzioni di lista, a ricoprire un ruolo residuale o di chiusura[75].

Piuttosto si tratta d'indagare se davvero il *deficit* di trasparenza possa classificarsi come caso di vessatorietà, una vessatorietà in certo senso 'formale', come fosse una lettera aggiuntiva rispetto a quelle racchiuse nell'art. 33, c. 2, c. cons. e prossima, almeno apparentemente, alla lett. l). Ne discenderebbe una riunificazione dei due fuochi della dir. 13/1993, vale a dire del controllo sul contenuto e di quello di chiarezza e comprensibilità,

[72] In tale direzione Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 1439 ss., con nota siglata G.C., e p. 1847 ss., con nota di A. Salomone, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2045 ss., con nota di A. Palmieri e P. Laghezza, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 473 ss., con note di M. De Poli e P. Sirena, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 211 ss., con nota di V. Buonocore, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 200 ss., con nota di F. Di Marzio, e p. 450 ss., con nota di L. Bochicchio; in *Banca borsa*, 2000, II, p. 207 ss., in *Corr. giur.*, 2000, p. 496 ss., con note di A. Orestano e A. Di Majo, e in *Contratti*, 2000, p. 561 ss., con nota di V. Mariconda; decisione confermata, sul punto *de quo*, da App. Roma, 24 settembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 119 ss., con nota siglata G.C., e p. 904 ss., con nota di L. De Rentiis; in *Foro it.*, 2003, I, p. 332 ss., con note di A. Palmieri e di A. Plaia (riferite però prevalentemente a Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469); e in *Contratti*, 2003, p. 113 ss., con nota di A.A. De Marco; la sentenza è inoltre commentata (unitamente ad App. Roma, 7 maggio 2002) da L. Bozzi, *Le clausole vessatorie sotto giudizio di abusività*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 535 ss.; cfr. inoltre, V. Rizzo, *Trasparenza*, cit., p. 59 ss. (ma l'a. giunge a conclusioni eclettiche); e L. Di Nella, *La tutela del «contraente debole» nella distribuzione commerciale*, in L. Di Nella, L. Mezzasoma, V. Rizzo (a cura di), *Il diritto della distribuzione commerciale*, Napoli, 2008, p. 253 ss.

[73] Tema sconfinato: primi riferimenti in G.M. Uda, *La buona fede nelle clausole abusive*, in G. Alpa, S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie*, cit., in particolare p. 124 ss.

[74] Lo osservava, già per la prima giurisprudenza italiana in termini, E. Cesàro, *Clausole vessatorie ed azione inibitoria: prime pronunzie della giurisprudenza*, in *Contr. e impr. Europa*, 1997, p. 45; la percezione è diffusa pure all'estero: T. Pfeiffer, *20 Jahre Klausel-RL: Mehrebenen-Privatrecht in schärfster Ausprägung*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, pp. 241-242.

[75] E. Ferrante, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, in particolare p. 551 ss.

fino a creare un presidio unico promettente tutele a tutto campo[76].

Ora, il testo della direttiva lascia il quesìto impregiudicato e fornisce indicazioni contrastanti. Come anticipato gli artt. 4, c. 2, dir. 13/1993 e 34, c. 2, c. cons. sottraggono al controllo contenutistico la "determinazione dell'oggetto del contratto" e l'"adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi", salvo il difetto di trasparenza (così ancora l'art. 34, c. 2, ultima proposizione, c. cons.). Se ne potrebbe dedurre che ove tali elementi siano opachi, ove ricorra cioè un difetto di trasparenza, sarebbe ammesso un controllo di tipo contenutistico all'esito del quale statuire la vessatorietà[77]. A quel punto ogni difetto di trasparenza, anche quello ricadente su clausole relative all'oggetto 'economico', dovrebbe avere come logico corollario un giudizio d'abusività.

Tuttavia la deduzione dà peso notevole alla lettera ed alla sistemazione delle norme all'interno del codice di settore, ricalcato sulla direttiva europea senza pretese di precisione ed univocità. Non occorre scomodare riserve più generali sull'argomento *a contrario* o ipotesi della coerenza legislativa nel diritto europeo e derivato: qui pare comunque eccessivo fare tanto affidamento sulla formulazione dei precetti originari o sulla loro traduzione nelle norme attuative.

Gli artt. 6, c. 1, dir. 13/1993 e 36, c. 1, c. cons. sottopongono le clausole vessatorie alla sanzione rispettivamente della 'non-vincolatività' e della nullità relativa c.d. di protezione, ma non citano le clausole mancanti di trasparenza, sicché la loro sottoposizione ad un verdetto unitario trova quasi un ostacolo nella lettera della direttiva, e ancor più dell'art. 36, c. 1, c. cons., che richiama gli artt. 33 e 34, ma non l'art. 35 c.cons. Ora, chi volesse dare tanta importanza all'argomento letterale nella rielaborazione dell'art. 34, c. 2, ultima proposizione, c. cons. - e fondare su questo l'estensione della vessatorietà al difetto di trasparenza - dovrebbe dare almeno lo stesso peso all'art. 36, c. 1, c. cons., e giungere a conclusioni opposte. Ecco che l'uno e l'altro argomento, deboli in sé, sarebbero per di più contraddittori.

L'Allegato alla dir. 13/1993, ove compare un elenco di clausole da presumersi vessatorie, non menziona clausole la cui abusività dipenda da scarsa chiarezza e comprensibilità. Compare sì la citazione di condizioni che abbiano ad oggetto o che producano l'effetto di vincolare il consumatore "a

[76] È chiara in questo modo di pensare l'influenza tedesca dell'AGB-*Gesetz*, ora ricodificato: E. Gottschalk, *Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2006, p. 555 ss.; a questo tema è dedicato pure M. Farneti, *La vessatorietà delle clausole «principali» nei contratti del consumatore*, Padova, 2009, in particolare p. 169 ss.

[77] P. Sirena, *Art. 1469*-ter, cit., p. 862 ss.; e V. Rizzo, *Trasparenza*, cit., p. 103 ss.

clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto" (così l'art. 33, c. 2, lett. l], c. cons.); ma la prossimità al difetto di trasparenza è scarsa. Il cenno sembra concernere più che altro condizioni che il professionista ha predisposto ma omesso di comunicare o rendere conoscibili, anziché condizioni opache o non intelligibili; è dunque anomalo che un legislatore desideroso di sottoporre l'intrasparenza ad un verdetto d'abusività non l'abbia esplicitato neppure quando ha inteso esemplificare clausole presuntivamente vessatorie[78].

Invero, se l'argomento letterale e quello dell'intenzione legislativa già non danno indicazioni risolutive, la logica stessa del controllo contenutistico, quel responso di squilibrio normativo che è caratteristico dell'abusività sostanziale, sembra sposarsi male con il sindacato di trasparenza: qui non si tratta di scrutinare il 'buon' bilanciamento del rapporto sotto il profilo dei diritti e degli obblighi reciproci, ma la chiarezza e comprensibilità delle clausole unilateramente predisposte, qualcosa di diverso e per certi versi 'a monte' del controllo sul contenuto[79].

Ora, non si vuol escludere *a priori* che la clausola già contraria agli artt. 5 dir. 13/1993 e 35, c. 1, c. cons. possa poi risultare vessatoria in sede di controllo sul contenuto[80]. Ma si dovrebbe immaginare piuttosto un cumulo dei controlli: prima quello di chiarezza e comprensibilità, poi quello d'abusività. A rigore una clausola ambigua od incomprensibile non è sottoponibile ad un giudizio sul merito del contenuto, dal momento che, per sviluppare quest'ultimo, un qualche contenuto essa deve pur esprimere. Ecco che l'interprete dovrebbe prima ovviare al difetto di trasparenza tramite l'interpretazione contro l'autore della clausola e soltanto dopo, se questa rimanga purtuttavia vessatoria, sancirne la nullità sostanziale[81]. La tesi criticata ammette invece che una condizione *standard* possa essere vessatoria *ex* artt. 3 dir. 13/1993 e 33, c. 1, c. cons. per il mero fatto dell'oscurità verbale[82].

[78] P. Sirena, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca borsa*, 1997, I, p. 379.

[79] Si deve concedere che la linea di demarcazione è più semplice da pensare che non da applicare: sul punto, V. Rizzo, *Condizioni generali di contratto e vessatorietà*, in E. Cesàro (a cura di), *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova, 1994, pp. 68-69.

[80] Fra gli altri, V. Rizzo, *Art. 1469*-quater, cit., p. 813 ss.; G. Di Giovine, *Art. 35*, cit., pp. 533-535; e P. Sirena, *Art. 1469*-ter, cit., pp. 866-867 nt. 38 (ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici).

[81] *Contra* A. Jarach, *Art. 35*, cit., p. 576 ss., che inverte gli addendi sicché prima dovrebbe aprirsi lo scrutinio di vessatorietà e soltanto dopo, preso atto che la vessatorietà non ricorre, procedersi all'interpretazione contro l'autore della clausola.

[82] S.T. Masucci, *Art. 1469*-quater *(forma e interpretazione)*, in A. Barenghi (a cura di),

Al riguardo c'è però un'obiezione di fondo, che rende (o renderà) la stessa idea del cumulo poco attuale: quell'idea s'adatta bene alla concezione usuale dell'interpretazione protettiva, quella da sempre addotta nell'applicazione dell'art. 1370 c.c. (e che fra poco si definirà «debole»)[83]; ma nella versione evolutiva che ne sta coniando la giurisprudenza comunitaria - a breve la si definirà «forte» o «rimediale»[84] - essa sembra assorbire in sé tutto il controllo di trasparenza, ed anzi impedire qualsiasi coesistenza delle due forme di controllo. Sembra procedersi cioè verso un meccanismo dell'alternanza, per cui interviene o il verdetto d'intrasparenza, che precorre in via esclusiva l'*interpretatio*-rimedio, o quello di significativo squilibrio contrario a buona fede, che prelude alla nullità relativa. Ne risulterà ancor meno persuasiva la tesi che vuole accomunare vizi di trasparenza e vizi di contenuto sotto il cappello unico della vessatorietà.

Va infine confutato, a conferma dell'opportunità di scindere le prospettive, un ulteriore argomento. Come noto fra i criteri negativi di vessatorietà identificati dagli artt. 3, c. 1 e 2, dir. 13/1993 e 34, c. 4, c. cons. figura la trattativa individuale. Essa 'deterge' le clausole dall'eventuale vessatorietà, ancorché non sia agevole ricostruirne una volta per tutte i requisiti minimi, in presenza dei quali possa affermarsi che le parti hanno effettivamente negoziato. Nondimeno, equiparata la sanzione della trasparenza a quella della vessatorietà contenutistica, se ne trarrebbe conforto in ragione della comune portata sanante della trattativa. Non potrebbe allora negarsi che la clausola individualmente negoziata sia per definizione trasparente[85].

La conclusione pare tuttavia aprioristica, perché il dialogo sul tenore della clausola, pur quando assurga ad autentica trattativa, non necessariamente garantisce la trasparenza dello scritto. Esso ne esclude al più la predisposizione unilaterale. Quindi, in presenza di trattativa individuale su una o più clausole scritte, l'art. 5 dir. 13/1993 non trova applicazione semplicemente

La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile, Napoli, 1996, p. 155 ss. e in particolare p. 160 (benché in linea dubitativa); F. Di Giovanni, *Difetto di trasparenza e valutazione di vessatorietà delle clausole predisposte nei contratti del consumatore*, in U. Ruffolo (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusive"*, Milano, 1997, p. 183 ss. e in particolare pp. 198-199; Id., *La regola di trasparenza*, cit., p. 69 ss.; *contra*, ma senza prendere posizione '*construens*', G. Di Giovine, *Art. 35*, cit., p. 507 ss. e in particolare pp. 511-512; ancora *contra*, ma con distinguo e precisazioni, lo stesso P. Sirena, *Art. 1469*-ter, cit., pp. 869-870; e critico, di recente, anche A. Gentili, *Senso e consenso*, cit., pp. 634-635; in Francia G. Paissant, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n. 95-96 du 1er* février 1995, in *Dalloz*, 1995, p. 107.

[83] *Infra*, § 8.

[84] *Infra*, § 9.

[85] *Contra* A. Jarach, *Art. 35*, cit., pp. 558-559.

perché vien meno il requisito basilare della predisposizione. Qualcosa di simile accade in tema d'abusività sostanziale, ove la compartecipazione volitiva del consumatore escluderebbe tendenzialmente la prevaricazione, ferma restando la necessità di valutare al meglio l'entità di tale contributo. Il dato accomunante risulta invero troppo vago per dedurne un'esigenza di parificazione fra le sanzioni.

Anche queste ultime osservazioni in negativo lasciano il principio di trasparenza 'disarmato' e non pongono fine all'indagine: permane il rischio che, sguarnito di conseguenze, il principio resti simbolico, in antìtesi a quanto emerge dalla più recente giurisprudenza comunitaria, che ìncita invece a concedervi maggiore spazio ed impatto applicativi[86].

Prima di procedere si può stendere un bilancio provvisorio. È vero che per una volta il legislatore comunitario ha osservato - o sembra aver osservato - il canone di preesistenza della fattispecie al rimedio: prima ha scritto il principio di trasparenza, poi ha stabilito che cosa accada quando il principio sia trasgredito, vale a dire l'interpretazione contro l'autore della clausola. Ma questa preesistenza è più apparente che reale, per la semplice ragione che la fattispecie è data da una norma di principio, e tutte le norme siffatte sono caratterizzate da un alto tasso di vaghezza. Questo non è certo un male né una controindicazione all'operare dei princìpi nel sistema ordinamentale[87]. Al contrario il principio è utile proprio perché vago o, se il vocabolo suona spregiativo, flessibile. È chiaro tuttavia che quando al rimedio è fatto precedere un principio, la normale sequenza - prima la fattispecie, poi il rimedio - s'annacqua. E se l'interprete, come visto, stenta a mettere a fuoco il principio, se la trasparenza come precetto primario risulta 'poco trasparente', può e deve trarre argomento dal rimedio. Il rimedio illumina a ritroso la fattispecie, vi dà senso e concretezza, capacità previsionale e decisoria. Insomma: forse il legislatore comunitario del 1993 non ha rotto la sequenza cara alle esperienze nazionali - la vera tecnica rimediale s'è affermata dopo - ma l'uso del principio a mo' di fattispecie invita pur sempre a muovere dal rimedio per declinare a ritroso la fattispecie stessa. Si provi dunque a sospendere il giudizio sulla trasparenza come tale, per ripartire dall'interpretazione *contra proferentem*.

[86] E peraltro, come si dirà a breve, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia la tesi della vessatorietà sostanziale (o para-sostanziale) è attestata e resiste malgrado i descritti rivolgimenti, come nell'ormai celebre contenzioso «*floor*» o «*suelo*» (*infra*, § 10).

[87] Il dibattito metodologico è intenso: G. Perlingieri, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, in particolare p. 23 ss. e p. 77 ss.; su posizioni più conservatrici, F. Piraino, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei princìpi*, Napoli, 2017, specialmente p. 99 ss.

8. *L'interpretazione contro l'autore della clausola in versione debole*

Gli artt. 5, proposizione 2ª, dir. 13/1993 e 35, c. 2, c. cons. stabiliscono che "in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore"[88]. *Ratio* e significato della regola non necessiterebbero di particolari illustrazioni, se non altro per l'evidente similitudine col noto art. 1370 c.c.[89] Ma il nuovo discorso sistematico entro cui si situano sconsiglia d'appiattire le prospettive[90].

La clausola ambigua proviene dal contraente forte, che l'ha redatta quale strumento d'autotutela e sopraffazione per così dire 'preventive'. Egli non può giovarsi della sua ambiguità per raccoglierne vantaggi ulteriori rispetto a quelli che già conseguono all'impiego del contratto *standard*; e come per una legge del contrappasso gli si ritorce contro il cattivo uso del potere di predisposizione[91]. Anche l'interpretazione contro l'autore sembra guadagnare un piglio preventivo: prima di valutare l'accoglibilità di qualsiasi domanda proposta dal consumatore contro il professionista, il giudice deve valutare se non sia possibile un'interpretazione 'consumeristicamente' orientata, che renda innocuo il *deficit* di trasparenza[92].

Nondimeno la pregiudizialità dell'*interpretatio contra proferentem* nei

[88] La regola compare nella *soft law*, come all'art. 4.6. Princìpi-Unidroit (o PICC).

[89] L. Bigliazzi Geri, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in E. Cesàro (a cura di), *Clausole abusive*, cit., p. 36.

[90] Non s'appiattisce S. Martuccelli, *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, cit., p. 1015 ss. e in particolare p. 1047 ss.

[91] Osservazione diffusa: fra i molti, P. Perlingieri, *Appunti di «Teoria dell'interpretazione»*, Camerino, 1970, p. 89; C. Turco, *Note in tema di ermeneutica contrattuale e principio di buona fede* ex *art. 1366 c.c.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 333 ss. e p. 349 ss.; e G. Capo, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001, p. 207.

[92] In Gentili è valorizzato il salto logico che c'è fra buona fede interpretativa ed interpretazione contro l'autore *ex* art. 1370 c.c. Come la buona fede precontrattuale si distanzia dal principio di trasparenza (*supra*, in particolare §§ 5-6), così la buona fede interpretativa si distanzia dall'*interpretatio contra stipulatorem*: nel contratto per adesione la buona fede *ex* art. 1366 c.c. è sinonimo d'*honeste intelligere*, sicché fra due o più significati possibili del testo unilateralmente predisposto deve prevalere quello che l'aderente poteva e doveva intendere secondo l'*id quod plerumque accidit*; giudizio di tipo relazionale, simmetrico, bilanciato (che cosa avrebbe potuto e dovuto intendere l'aderente medio?). Diversamente l'*interpretatio contra stipulatorem* implica che fra due o più significati possibili prevalga quello 'più favorevole' all'aderente, anche quando l'altro significato (meno favorevole) fosse esattamente quello che l'aderente avrebbe potuto e dovuto intendere sulla base dell'intenzione del predisponente (A. Gentili, *Senso e consenso*, cit., p. 602). Alla fine pare vi sia quasi un'antìtesi fra i due criteri ermeneutici, anziché un concorrere.

contratti per adesione ha un'altra ragione profonda: la conservazione del rapporto. In questo senso essa s'avvicina all'art. 1367 c.c.[93] Leggere le clausole sfuggenti in senso favorevole all'aderente disincentiva l'adozione di misure (parzialmente o totalmente) distruttive del vincolo, quelle misure che l'aderente tenderebbe altrimenti ad attivare. Ciò riflette la doppia anima della tutela comunitaria del consumatore, presidio di contraenti deboli, ma soprattutto di maggiore concorrenzialità del mercato. D'altra parte il mantenimento del vincolo, fintantoché possibile, giova pure al consumatore, che in genere ha interesse alla prestazione anche quando tardiva o bisognosa d'aggiustamenti e che invece si giova poco della sua irreversibile distruzione[94].

Una prima tèssera da aggiungere al mosaico è dunque la seguente (tèssera ancora piccola, ma non priva d'importanza). Le 'nuove' norme, se di per sé non alterano lo strumento, che nel contratto per adesione ha sempre portata principale, rendono visibile questa sua portata anche nella collocazione e nella sistematica normative. Nel contesto delle regole generali l'art. 1370 c.c. si mimetizza fin quasi ad occultare la sua pregiudizialità logica; nelle regole di settore, come l'art. 35 c. cons., diviene conseguenza diretta del precetto di chiarezza e comprensibilità e sovrasta qualsiasi altro criterio o rimedio[95].

Sennonché, malgrado quest'ultima tèssera, il mosaico resterebbe ancora sbiadito; o per lo meno restava sbiadito prima che la Corte di Giustizia non giungesse a darvi nuovo colore. Se all'art. 35, c. 2, c. cons. si chiede di contrastare davvero lo strapotere del professionista e rimaneggiare il divario informativo che lo separa dal consumatore, la versione classica dell'*interpretatio*, sebbene avvalorata dal più visibile raccordo al principio di trasparenza, appare risposta tenue, pregiudiziale sì, ma insufficiente[96].

Infatti, in questa versione-base la regola suppone in primo luogo il dubbio sul senso della clausola ('*doubt about the meaning of a term*' o '*Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen*'), sicché quest'ultima, perché la regola sia operante, deve tollerare almeno due significati possibili ed ugualmente accettabili. La regola sarebbe dunque fuori gioco quando l'ambiguità, pur acclarata, dia luogo non a plurime attribuzioni di senso

[93] Viceversa per Cass., 20 gennaio 1983, n. 573, in *Foro it. Rep.*, 1983, voce *Contratto in genere*, n. 219 (p. 1740), l'art. 1370 c.c. dovrebbe prevalere sull'art. 1367 c.c.
[94] Maggiori riflessioni in M. Maggiolo, *Un problema delle clausole vessatorie: tassatività e linguaggio giuridico*, in *Banca borsa*, 1991, I, p. 773 ss.; e M. Pennasilico, *Metodo e valori*, cit., pp. 299-300 e pp. 316-317.
[95] Considerazione diffusa, ma cfr. P. Giammaria, *Art. 1469*-quater, cit., p. 1027.
[96] V. Rizzo, *Art. 1469*-quater, cit., pp. 786-789.

ma ad una semplice non-comprensione[97]. L'assioma di trasparenza pare invece più largo: non si restringe alle locuzioni polisense, oscurità per così dire 'qualificata', ma coglie qualsiasi difetto di chiarezza e comprensibilità, fermo il limite dell'assoluta inconoscibilità (art. 1341, c. 1, c.c.) o dell'indeterminatezza dell'oggetto (artt. 1346 e 1418, c. 2, c.c.)[98].

Inoltre, per restare alla versione-base, fra le due o più interpretazioni possibili la regola imporrebbe sì di preferire quella più favorevole, ma non è detto che tale interpretazione riesca a proteggere il consumatore in misura adeguata. L'interpretazione relativamente 'favorevole' potrebbe rivelarsi assai poco favorevole in assoluto, ancorché 'più favorevole' dell'altra o delle altre.

Infine - ma il censimento non ha pretese di completezza - l'ambiguità della clausola potrebbe fondare due attribuzioni di senso ugualmente praticabili ed argomentabili, ma l'una tale da mandarla indenne dal verdetto d'abusività sostanziale, l'altra tale da condannarla alla nullità *ex* art. 36, c. 1, c.cons.: quale sarebbe allora l'interpretazione più favorevole? Quella apparentemente più nociva ma atta a provocare la caducazione della clausola, rimanendo il contratto valido per il resto, o quella meno nociva ma bastevole a salvare la clausola, rendendola operante?

9. *L'interpretazione contro l'autore della clausola in versione forte*

La Corte di Giustizia, con alcune decisioni recenti, tende a sopperire a queste mancanze con l'uso forte o disinvolto dell'*interpretatio*[99]. Le motivazioni sono laconiche, e talora si ha l'impressione più d'intuire che di comprendere, ma provengono da un giudice che non si rivolge solo al remittente o all'ordinamento cui questo appartiene, bensì a tutti i giudici e a tutti gli ordinamenti dell'Unione[100], il che non può non retroagire sullo stile: dovendosi adattare ad un retroterra nazionale mutevole e talora accidentato,

[97] Fra gli altri, V. Rizzo, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983, pp. 309 ss. e 368 ss.

[98] Ancora S. Martuccelli, *Il canone dell'interpretazione*, cit., p. 1049 ss.

[99] Trattasi delle già menzionate C. Giust. UE, 26 febbraio 2015, cit.; e soprattutto, C. Giust. UE, 23 aprile 2015, cit.

[100] Ed è risaputo che l'armonizzazione minima recata dalla dir. 13/1993 ha prodotto una convergenza piuttosto approssimativa fra le legislazioni nazionali, ciò che è in parte alla base del cambio di rotta operato con la Dir. 2011/83/UE; fra gli altri, M. Ebers, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. e impr. Europa*, 2007, p. 696 ss. e più in dettaglio pp. 729-731.

le decisioni non possono essere troppo caratterizzate, ma devono tenere profilo 'basso' e fraseggio distaccato[101].

In primo luogo l'interpretazione protettiva sembra chiamata ad operare sempre e comunque, non appena emerga una non-trasparenza. Ad es. in *Matei* si controverte sulla clausola che riserva al professionista-mutuante la facoltà di modificare unilateralmente il tasso d'interesse applicato al consumatore-mutuatario; sotto accusa sono le «condizioni e i (…) criteri che consentono al mutuante di operare tale modifica, in particolare a motivo della 'sopravvenienza di variazioni significative sul mercato finanziario'» (*Matei*, § 63), formula che la Corte giudica '*prima facie* poco trasparente' (*Matei*, § 76). Indi si controverte sulle clausole che «impongono al consumatore il pagamento di una commissione d'importo considerevole diretta a garantire il rimborso del prestito, sebbene si affermi che tale rischio è già garantito da un'ipoteca e sebbene, in cambio di tale commissione, la banca non fornisca un effettivo servizio al consumatore nel suo esclusivo interesse» (*Matei*, § 71).

Ecco che la Corte, nel rimettere la decisione al giudice nazionale, dubita che «il contratto di mutuo di cui trattasi esponga in maniera trasparente i motivi che giustificano la remunerazione corrispondente a tale commissione, dal momento che è contestato che il mutuante sia tenuto a fornire una reale controprestazione per ottenere la suddetta commissione, oltre al fatto di assumere il rischio del mancato rimborso, che si sostiene essere già garantito da un'ipoteca. La mancanza di trasparenza, nei contratti oggetto del procedimento principale, della motivazione che giustifica tali clausole sembra del resto confermata dal fatto (…) che, nel caso di specie, il mutuante ha proposto ai mutuatari di sostituire la denominazione delle suddette clausole con quella di 'commissione di gestione del credito', senza tuttavia modificarne il contenuto» (*Matei*, § 77).

A prescindere dalla loro vessatorietà - secondo la Corte le clausole sarebbero sottoponibili a scrutinio contenutistico *ex* artt. 4, § 2, dir. 13/1993, e 34, c. 2, c. cons.-, «tali clausole devono, in ogni caso, essere oggetto di una valutazione del loro eventuale carattere abusivo, se si dovesse accertare, accertamento che spetta parimenti al giudice del rinvio, che esse non sono redatte in modo chiaro e comprensibile» (*Matei*, § 72).

Sennonché, almeno a quanto è dato apprendere dal testo della sentenza, espressioni come 'variazioni significative sul mercato finanziario' o '*risk charge*' non possono definirsi plurivoche o polisense: semplicemente rimettono alla discrezionalità del contraente forte la quantificazione di

[101] C.-W. Canaris, *Der EuGH als zukünftige privatrechtliche Superrevisionsinstanz?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1994, p. 417; e J. Basedow, *Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, p. 157 ss.

una parte del corrispettivo, sia questa descritta come incremento del tasso d'interesse ovvero come commissione aggiuntiva di rischio. Ancora più netta *Van Hove*, che conclude: «(…) in forza dell'articolo 5 di tale direttiva, se la formulazione di una clausola contrattuale non è chiara, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore» (*Van Hove*, § 49).

Dunque, a rettifica della sua concezione più usuale, l'interpretazione contro l'autore della clausola non è più subordinata ad un'ambivalenza di significati entro cui scegliere, ma ad una mera e qualsivoglia opacità[102]. Per ipotesi, giusto per sviluppare il pensiero che riposa sotto le parole della Corte, basterebbe un'oscurità 'non qualificata', nel senso d'inadatta a produrre la benché minima attribuzione di senso[103]. E anche qui, trattandosi di conseguenza diretta del precetto di trasparenza, non ha luogo alcuna gradazione dei criteri ermeneutici: l'*interpretatio* non può che primeggiare tanto sulla comune intenzione quanto sul significato desumibile dal tenore esteriore delle dichiarazioni[104]. La lettura più favorevole prevale anche quando, sempre per ipotesi, sia possibile una ricognizione esauriente della comune volontà delle parti. Se infatti «l'obbligo della trasparenza delle clausole contrattuali sancito agli articoli 4, paragrafo 2, e 5 della direttiva 93/13 (…) non può essere limitato unicamente al carattere comprensibile di queste ultime sui piani formale e grammaticale» (*Matei*, § 73; e *Van Hove*, § 40), l'aderente che malgrado l'opacità ne abbia colto perfettamente il senso - e dunque le abbia 'accettate' - potrà profittare comunque dell'*interpretatio*, non essendogli opponibile una diversa e comune intenzione bilaterale[105].

[102] Men che meno risulta subordinata alla buona fede del consumatore, incolpevolmente affidatosi al senso a sé favorevole, come richiede (ma dubitativamente) A. Gentili, *Senso e consenso*, cit., pp. 636-637.

[103] D'altro canto, come posto in luce (A. Jarach, *Art. 35*, cit., pp. 556-557), le due situazioni non sono sempre distinguibili ed anzi in una larga generalità di casi ambivalenza ed oscurità assoluta tendono a confondersi (sembra escluderlo invece P. Giammaria, *Art. 1469*-quater, cit., p. 1015).

[104] Qualche spunto già in M. Costanza, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, pp. 21-22; e in A.M. Azzaro, *I contratti non negoziati*, cit., p. 271.

[105] Nello scambio senza accordo, per usare la terminologia irtiana, non ha senso alcuno discorrere di «comune intenzione delle parti» *ex* art. 1362, c. 1, c.c.: l'interpretazione della clausola predisposta ne dovrà prescindere, per la semplice ragione che una comune intenzione non c'è (per tutti, And. Genovese, *Contratto* standard, cit., p. 815 ss.); c'è semmai un'intenzione unilaterale del predisponente, benché persino questa, se non accompagnata da specificazioni e distinguo, potrebbe revocarsi in dubbio. È notorio infatti che le condizioni adoperate dall'imprenditore di regola sono riconducibili alla sua volontà solo al prezzo d'una finzione, vale a dire che egli ne sia autore o consapevole utilizzatore, quando spesso egli è puro ricettore di una prassi, della contrattualistica-fonte del diritto (M. Pennasilico, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli,

Se la lettera non è trasparente, il consumatore ha 'diritto' all'interpretazione favorevole anche quando fosse inizialmente pago della lettura meno propizia offertagli, durante il negoziato, dalla controparte forte (anche quando cioè 'avesse capito benissimo').

Inoltre, per tratteggiare un secondo corollario, poiché non è più richiesta una plurivocità di significati, l'interprete è dispensato dal comparare due o più soluzioni alternative e preferire quella 'relativamente' più conveniente; egli procede in proprio alla costruzione della regola più vantaggiosa in assoluto. Preso atto dell'oscurità, egli tutela il consumatore creandogli la *best rule*, al di là e al di sopra di qualsiasi altro criterio o strumento. Continua la Corte: «(…) è di rilevanza essenziale la questione se il contratto esponga in modo trasparente il motivo e le modalità del meccanismo di modifica del tasso di interesse e il rapporto tra tale clausola e altre clausole relative alla remunerazione del mutuante, di modo che un consumatore informato possa prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche che gliene derivano» (*Matei*, § 74; ma similmente *Van Hove*, § 41).

Dunque, a modifica della sua struttura tradizionale, l'interpretazione protettiva diviene un 'superlativo' piuttosto che un 'comparativo', e con l'occasione dell'opacità testuale punta alla massima protezione consumeristica. D'altro canto, se la lettera è muta, se l'opacità è tale da non fondare significato alcuno, è artificioso escogitare proposte fra le quali operare una scelta: meglio imporre *omisso medio* 'il' significato favorevole[106].

Infine - ma si tratta di corollario cui la Corte non ha ancora badato - l'abbandono del metro comparativo renderà più semplice rispondere al quesito 'conviene di più la lettura sfavorevole che porta alla nullità della clausola o quella favorevole che ne implichi la salvezza?'[107]. Il dubbio è lecito perché grazie all'art. 36, c. 1, c. cons. la nullità della clausola non s'estende mai all'intero, salvo il limite dell'indeterminatezza dell'oggetto (limite remoto, poiché il controllo di vessatorietà non concerne l'equilibrio

2011, p. 302 ss.). La prassi contrattuale, stratificata e solidificata dall'uso, auto-produce regole che in certo senso s'impongono pure alla parte forte, la quale solo artificiosamente potrà dirsi averle 'volute' (più ampiamente G. Alpa, *La prassi*, in Aa. Vv., *Le fonti del diritto* italiano, 2, Le *fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 1999, p. 97 ss. e p. 106 ss.).

[106] Linea di tendenza già intravista, nella nostra dottrina, da V. Calderai, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, in particolare p. 82 ss.

[107] Fra i molti, V. Roppo, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive ("vessatorie") nei contratti fra professionisti e consumatori: artt. 1469* bis *e seg. c.c.*, in *Diritto Privato 1996*, Padova, 1997, p. 99; F. Di Giovanni, *Difetto di trasparenza*, cit., p. 196; A. Sciarrone Alibrandi, *Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria n. 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, in *Banca borsa*, 1993, I, p. 727 nt. 50.

economico in forza dell'art. 4, § 2, dir. 13/1993). Ecco che, rimanendo il contratto valido 'per il resto', al consumatore potrebbe giovare 'di più' un'interpretazione demolitoria[108].

Pare invece che proprio la *nouvelle vague* dell'interpretazione contro l'autore della clausola deponga a sfavore di quest'idea. Svincolata da giudizi comparativi fondati sulla pura convenienza contingente, l'interpretazione più favorevole in assoluto è tale proprio perché la clausola resta, ma viene riletta in modo incondizionatamente protettivo per il consumatore. L'interprete lavora sulla clausola non per espungerla dal contratto, ma per conservarla nel senso maggiormente difensivo della parte debole. In quest'ottica l'interpretazione che condanna la clausola alla nullità non sarà neppure presa in considerazione, visto che all'interprete non si chiede di comparare, ma di comporre una regola giovevole al consumatore; ed una costruzione siffatta non è neppure immaginabile se nel frattempo o all'esito la clausola è fatta cadere[109].

In ogni caso l'*interpretatio*, così irrobustita, non è più sanzione debole. Essa conquista il rango di rimedio, e perde (per lo meno in parte) la sua valenza 'passivamente' interpretativa. Forse è questione di gusti, lo stabilire che cos'è interpretazione e che cos'è rimedio. Però, portato alle estreme conseguenze, il nuovo approccio giunge non tanto ad interpretare quanto a sostituire la clausola opaca - 'opaca' spesso solo perché sfavorevole - con altra chiara e comprensibile, in realtà semplicemente favorevole[110]. Il processo è in corso, e se ne intuiscono solo i primi fermenti[111].

[108] In tal senso V. Rizzo, *Trasparenza*, cit., p. 94 ss.; non prendeva posizione, E. Roppo, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in E. Cesàro (a cura di), *Clausole abusive*, cit., pp. 106-107.

[109] In direzione simile L. Di Nella, *Mercato e autonomia*, cit., p. 360 ss.; *contra* A. Gentili, *Senso e consenso*, cit., pp. 607-608.

[110] Che giudizio dare di quest'innegabile protagonismo della Corte europea? Che la giurisprudenza comunitaria adotti soluzioni robuste, nette, pesanti sta bene: l'ordinamento dell'Unione assomiglia molto più ad un *judge made law* che non ai tradizionali sistemi continentali, ricurvi sull'idea della legge generale e astratta (P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, pp. 226-227; in senso critico, C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2012, p. 227 ss.; e tutto sommato lo stesso G. Alpa, *Comparazione e diritto straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 879 ss.). Ma ci si troverebbe del pari disponibili a concedere lo stesso spazio al comune giudice nazionale, magari di prima istanza?

[111] È però smentita la previsione secondo la quale l'introduzione nel nostro ordinamento del controllo contenutistico avrebbe finito col rendere marginale l'*interpretatio contra proferentem* (V. Rizzo, *Trasparenza*, cit., p. 89 ss.); previsione più che plausibile, a guardare la cosa con gli occhi del 'prima', ma ora incrinata da una giurisprudenza comunitaria poco propensa a dare il dovuto spazio al controllo sostanziale e da un contenzioso locale tutto sommato rado.

10. *Prima conclusione: l'interpretazione contro l'autore della clausola come rimedio unico*

A maggior ragione ora che nella giurisprudenza emergono segnali di rafforzamento dell'interpretazione contro l'autore della clausola, non è più possibile ridurre l'art. 35, c. 2, c. cons. a norma che semplicemente conferma, nel codice di settore, quanto già stabilito dall'art. 1370 c.c.: le norme sono equivalenti, ma s'inscrivono in comparti normativi dissonanti sotto il profilo delle opzioni di principio. E questa giurisprudenza comunitaria isola l'*interpretatio contra proferentem* dagli altri criteri ermeneutici, la congiunge senza filtri o distinguo alla trasparenza e ne fa rimedio di tutela.

Dagli elementi raccolti si trae la persuasione che l'*interpretatio*-rimedio sia destinata a giocare un ruolo dominante, almeno per due ordini di fattori.

In primo luogo se la Corte di Giustizia - per ragioni che sarebbe lungo ripercorrere[112] - ha di fatto rinunciato al controllo contenutistico, certamente non ha rinunciato a quello di trasparenza; si risparmia dall'accertare in proprio la vessatorietà sostanziale, ma non disdegna di pronunciarsi su chiarezza e comprensibilità[113]. Ecco che, confermandosi l'andamento, nei prossimi anni potrebbero essere poche le sentenze in tema di vessatorietà e molte quelle in tema di trasparenza, con ricadute proporzionali sulla giurisprudenza interna dei Paesi membri[114]. Inevitabile che cresca pure il

[112] Dopo qualche spinta 'interventista' (sia pure *obiter*, come in C. Giust. CE, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, vale a dire *Océano Grupo Editorial c. Rocio Murciano Quintero* [C-240/98], *Salvat Editores c. José M. Sánchez Alcón Prades* [C-241/98], *José Luis Copano Badillo* [C-242/98], *Mohammed Berroane* [C-243/98] e *Emilio Viñas Feliú* [C-244/98], in *Racc. C. giust. CE*, 2000, p. I-04941 ss.), la chiusura si fa recisa nel caso *Freiburger*: cfr. C. Giust. UE, 1° aprile 2004, C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten c. L. Hofstetter e U. Hofstetter*, in *Racc. C. giust. CE*, 2004, p. I-3412 ss. (in tema, fra gli altri, M.W. Hesselink, *Case notes. Case: ECJ – Freiburger Kommunalbauten*, in *European Review of Contract Law*, 2006, p. 366 ss.; L. Cruciani, *Clausole generali e princìpi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 482; e E. Navarretta, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 978); e nella stessa direzione si muovono, successivamente, C. Giust. UE, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium*, in *Racc. C. giust. CE*, 2006, p. I-10421 ss. (in particolare § 22); C. Giust. UE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon c. Erzsébet Sustikné*, in *Racc. C. giust. CE,* 2009, p. I-04713 ss.; e C. Giust. UE, 9 novembre 2010, C-137/08, *Pénzügyi Lizing c. Ferench Schneider*, in *Racc. C. giust. CE,* 2010, p. I-10847 ss. In tema, E. Ferrante, *Alcune considerazioni*, cit., in particolare p. 559 ss.

[113] Rilievo diffuso, ma cfr. C. Stempel, *Der lange Weg zur Teilvereinheitlichung der AGB-Kontrolle in Europa – Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 93/13*, in *ZEuP*, 2017, p. 106 ss.

[114] Nei casi finora decisi la Corte s'è pronunciata *tout court* sulla nitidezza della clausola, con

ricorso all'*interpretatio*, baricentro di questa giurisprudenza evolutiva in materia di consumatori.

Tuttavia - ecco il secondo fattore - non è solo un andamento quantitativo: l'importanza crescente della regola dipende da una rilettura 'forte' che finirà col determinarne un sovra-utilizzo. Così rivisitata essa promette risultati assai più appetibili o minacciosi di quanto non promettesse in passato, ed il filo rosso già cucito fra trasparenza ed interpretazione punitiva, fra primo e secondo comma dell'art. 35 c. cons., si farà più visibile e fruibile all'atto pratico.

Piuttosto ci si dovrebbe domandare se così rinvigorita la norma non possa divenire, magari gradualmente, da regola di vertice a regola esclusiva, da rimedio principale a rimedio unico. Che sia risultato già implicito nelle norme od affiorante pian piano dal sistema, non fa troppa differenza: se il rimedio appare adeguato e proporzionato, se appare cioè il 'giusto' rimedio, perché non pensare che sia anche rimedio esclusivo? Il cordone ombelicale che nella fisionomìa della dir. 13/1993 lega l'*interpretatio* a chiarezza e comprensibilità tende non a prevalere ma a scalzare ogni altro combinato disposto[115]. E non è difficile immaginare che una 'macchina' interpretativa ben 'oliata', che sfrutti l'opacità del testo per costruire interpretazioni iper-protettive del consumatore, finisca presto col monopolizzare l'uso pratico della trasparenza. Sarà con ciò finita la ricerca della sanzione:

accertamento in concreto (su tutte, C. Giust. UE, 21 marzo 2013, causa C-92/11, *RWE Vertrieb c. Verbraucherzentrale NRW*, ECLI:EU:C:2013:180), anziché rinviare la delibazione al giudice remittente; ha ritenuto cioè di potersi e doversi pronunciare non in via esegetica dell'enunciato, ma di scrutinio diretto della clausola (similmente, C. Giust. UE, 16 novembre 2010 causa C-76/10, *Pohotovost' c. Iveta Korčkovská*, in *Racc. C. giust. CE* , 2010, p. I-11557 ss.). E il compito decisorio, se raffrontato a quello tipico del controllo contenutistico, non è certo più lieve: anzi, mentre questo conosce un concorrere di metri elastici e puntuali esemplificazioni, come le clausole-tipo indicate nelle liste, il vaglio di trasparenza è vivificato dalla sola endìadi di chiarezza e comprensibilità (anche se qualche previsione da elenco può certamente soccorrere, come afferma ancora C. Giust. UE, 21 marzo 2013, cit.). Peraltro nello scrutinio di trasparenza dovrebbero affiorare le circostanze fattuali, perché anche chiarezza e comprensibilità rispondono alla concretezza dei casi prima che alla purezza delle strutture dogmatiche (in tema già il 'classico', H.E. Brandner, *Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1963, pp. 237 ss. e 244 ss.).

[115] *Contra*, fra gli altri, A. Gentili, *Senso e consenso*, cit., p. 606, secondo il quale il «difetto di trasparenza ha comunque autonoma rilevanza: potenzialmente plurima, perché può tanto rendere nulla la clausola incomprensibile quanto forse, almeno in qualche caso, fondare un risarcimento alla stessa stregua della violazione degli obblighi di informazione. E va ricordato che è facoltà esclusiva del consumatore scegliere la domanda da proporre: nullità, risarcimento, interpretazione *contra stipulatorem*». Ma l'idea dell'esclusività o dell'*interpretatio*-rimedio unico non è generalmente presa in considerazione: cfr. ad es., S. Martuccelli, *Il canone dell'interpretazione*, cit., p. 1034 ss.

l'interpretazione protettiva, ormai attecchìta in versione forte, può infondere alla trasparenza la tanto ricercata effettività.

Si provi ora a tornare dal rimedio alla fattispecie (poco sopra s'era sospeso il giudizio). Se l'interpretazione contro l'autore è, per lo meno in prospettiva, il rimedio unico a presidio della trasparenza, essa può dire qualcosa di conclusivo sulla trasparenza medesima. Come detto la preesistenza della fattispecie è più apparente che reale, perché l'enunciazione del principio di chiarezza e comprensibilità, che precede quella dell'*interpretatio*-rimedio, è tanto lata da non disvelare *a priori* i suoi elementi costitutivi. D'altro canto nel ricorso ai princìpi è sempre ìnsito il rinvio a qualcosa che è fuori di essi ed è posposto, e che solo permette la decisione del caso in ragione del principio medesimo[116]. Detto altrimenti, resta incerto che cosa sia davvero il difetto di chiarezza e comprensibilità: mala fede *in contrahendo*, vessatorietà sostanziale o qualcos'altro?

Ebbene, laddove si condivida l'assunto che la mancanza di trasparenza trovi esclusivamente nell'interpretazione punitiva la sua risposta, e non si dia altro percorso credibile, la fattispecie 'sostanziale' sarà data da una clausola valida[117]. Se già non convince, per altre motivazioni, l'idea della colpa precontrattuale e se neppure convince quella della vessatorietà, si lasci al rimedio l'affinamento della fattispecie. All'esito è ciò che si fa quasi sempre col diritto di derivazione comunitaria, lavorare sui rimedi per estrarne i requisiti alla base, rimontare dalle forme di tutela agli elementi sostanziali.

Se la cura è interpretarla o ricostruirla in senso filo-consumeristico, la clausola non sarà nulla né vessatoria, né fonte come tale di responsabilità *in contrahendo* del suo redattore. Essa darà semplicemente àdito ad una rielaborazione-correzione eseguìta dall'interprete secondo l'obiettivo della maggiore e migliore protezione consumeristica. Clausola valida dunque, ma bisognosa di rifacimento.

Inutile nascondere che nell'ormai celebre contenzioso «*floor*» o «*suelo*» la Corte di Giustizia[118], a dispetto di quanto osservato e dei suoi

[116] F. Piraino, *Buona fede, ragionevolezza*, cit., p. 53 ss.

[117] In senso contrario L. Di Nella, *Mercato e autonomia*, cit., p. 364; e A. Gentili, *Senso e consenso*, cit., p. 605, secondo il quale, così facendo, «(…) si cerca erroneamente nell'interpretazione la terapia per una malattia che va curata con l'invalidità»; soluzione invero ineccepibile, se l'oscurità sfoci nell'indeterminatezza dell'oggetto (artt. 1346 e 1418, c. 2, c.c.), ma non altrettanto laddove colpisca condizioni estranee, ad una stregua oggettiva, al nucleo di previsioni essenziali per la funzionalità del rapporto.

[118] C. Giust. UE, 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo/Palacios Martínez c. Cajasur Banco/Banco Bilbao/Banco Popular Español*, in *Contratti*, 2017, p. 11 ss., con nota di S. Pagliantini, ed a proposito della quale A. Dalmartello, *Epilogo della questione della clausola* floor *in Spagna? Chiarimenti della*

stessi orientamenti in tema d'*interpretatio*-rimedio, nell'accertare profili di vessatorietà 'economica' per mancanza di trasparenza ha discorso senz'esitazione di 'non-vincolatività' *ex* art. 6, § 1, dir.13/1993. Grazie al difetto di chiarezza e comprensibilità ha sindacato clausole sull'oggetto, altrimenti immuni, e senza fare uso dell'interpretazione contro l'autore ha applicato *de plano* l'art. 6, § 1, dir. 13/1993, ciò che nel linguaggio del nostro legislatore equivarrebbe a nullità relativa (art. 36, c. 1, c. cons.); ha dunque sottoposto il difetto di trasparenza alla stessa conseguenza della vessatorietà contenutistica, il che sembra ripristinare la simbiosi o cumulo fra i due percorsi di controllo, quello sull'equilibrio cognitivo e quello sull'equilibrio normativo: filoni giurisprudenziali non comunicanti o persino antitètici?

Forse è più prudente chiosare che la Corte, lontana da ambizioni classificatorie o scrupoli dogmatici, ama giocare con formule lievi come la 'non-vincolatività', concetto che con espressione logora potrebbe dirsi post-moderno (ancorché risalente al 1993). L'art. 6, § 1, dir. 13/1993 è di quelle norme che nessuno saprebbe catalogare con sicurezza - inefficacia in senso stretto, invalidità relativa, inopponibilità? - e che gli stessi legislatori nazionali hanno attuato in modi alterni ed oscillanti; ma è di quelle norme per le quali è semplice cogliere lo scopo[119]. Il 'rivestimento' conta poco e ci può pensare il legislatore o giudice territoriale; quel che conta è fissare che la clausola astrusa o prevaricatrice non vincola. Più che contraddittori o non comunicanti sono orientamenti paralleli e tutti indifferenti alla sistemazione finale di fattispecie e rimedio.

11. *Seconda conclusione: il consumatore autorità privata?*

L'esempio dell'*interpretatio*-rimedio mostra come il nuovo diritto dei contratti sia sensibile alle gradazioni del consenso. Forse perché slegato dagli archètipi tradizionali o forse perché grossolano, il diritto italo-europeo precostituisce tutele del contraente debole che sorvolano e rendono per così dire irrilevante il fatto che questi abbia consentito. Nel contratto per

Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive, in *Rivista di diritto bancario*, 2017. In tema cfr. inoltre, nella dottrina italiana, S. Pagliantini, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia* (*il dopo* Radlinger *aspettando le clausole* floor*, sullo sfondo del nuovo art. 1190* Code civil), in *Contratti*, 2016, p. 1037 ss.; e Id., *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (Atto secondo)*, *ivi*, p. 1147 ss.

[119] Per tutti, G. Alpa, *Il contratto in generale*, I, cit., pp. 363-364.

adesione, con le sue disparate varianti unificate dal prevalere del 'redazionale' sul 'volitivo', la volontà (al più) è dell'*an* ma non include il regolamento. Diviene allora artificioso l'interpretare quel regolamento siccome realmente voluto.

Il consumatore è eretto a controllore della razionalità del mercato, garante della libera e leale concorrenza tra imprese, sicché la sua tutela è mezzo prima che fine. Ma l'esempio dell'*interpretatio* in versione forte - orientamento ancora in cerca d'identità - è congeniale tanto al mezzo quanto al fine: induce l'impresa a stendere formulari chiari perché in difetto il consumatore sarà protetto sempre e comunque, a prescindere da ciò che ha compreso o da ciò che non avrebbe compreso mai, anche a fronte di condizioni chiarissime. E il risultato sarà la costruzione di una regola incondizionatamente benefica per il consumatore.

Forse in questi nuovi scenari, tributari del diritto europeo ed assai poco di quello interno, si profila un'autorità privata 'alla rovescia', difficile dire se «di fatto» o «di diritto» - per usare le parole di Bianca - vale a dire il consumatore. Nel loro disegno ordo-liberale legge e giudice comunitari ne marcano il ruolo d'organizzatore sovrano del mercato, anche grazie all'uso oggettivato dell'interpretazione contro l'autore della clausola (ove autore è l'impresa predisponente che compete con altre predisponenti nel mercato di riferimento)[120].

Né può misconoscersi, ancora, che quest'uso vigoroso dell'*interpretatio*, se proviene dalla materia consumeristica grazie all'impulso della Corte di Giustizia, dovrebbe prima o poi reagire sulla parte generale, giacché il contratto predisposto è di parte generale, non riducibile all'area del *business-to-consumer*, e non meno generale è l'interpretazione protettiva[121]. L'interprete che voglia 'fare sistema' deve anzi rifuggire da soluzioni frammentate e chiuse, e favorire il dialogo a doppio senso fra contratto in generale e contratti del consumatore, pena l'impossibilità di ridurre il tutto ad una superiore unità ordinamentale, e pena il vedersi infrangere ancora una volta il primato dell'ordine giuridico.

[120] Non c'è però afflato emancipatore dall'oppressione (P. Femia, *Autonomia e autolegislazione*, cit., p. 45 ss.) e permane al contrario un basso grado d'effettività (M. Fries, *Verbraucherrechtsdurchsetzung*, Tübingen, 2016, p. 108 ss. e p. 187 ss.). C'è la ricerca di nuove e più sofisticate forme di legittimazione politico-sociale, che consentano all'idea volontarista di resistere, al dogma della parità formale d'auto-conservarsi.

[121] *Contra*, A. Gentili, *Senso e consenso*, cit., pp. 639-640.

Francesco Longobucco

Donazione con riserva di disporre e sopravvenienze meritevoli nel rapporto: dal dogma dell'irrevocabilità alla gestione negoziale dell'effetto

Sommario: 1. Premesse di metodo e impostazione del problema. L'evoluzione consensualistica della donazione dinanzi alla variabilità delle strutture negoziali. Negozio donativo e «poteri privati nei rapporti contrattuali» a quarant'anni da "Le Autorità private" di Cesare Massimo Bianca – 2. La donazione 'revocabile' e i retaggi della storia degli ordinamenti. Lo psuedo-principio *donner et retenir ne vaut* e la sua irragionevolezza sopravvenuta – 3. La tesi tradizionale: la riserva di disporre alla luce del fenomeno condizionale (condizione sospensiva e risolutiva). Critica – 4. Il riferimento alla teorica della scissione tra titolarità e legittimazione all'esercizio del diritto. Critica – 5. L'abbandono dello stereotipo della definitività dell'effetto donativo nel quadro delle possibili vicende (estintive e traslative) della donazione. La clausola di riserva quale patto di recesso in favore del donante alla stregua della moderna duttilità funzionale del *ius poenitendi* – 6. Una ricostruzione alternativa per il caso di sopravvenienze meritevoli: dal recesso all'atto unilaterale di risoluzione (a mò di rimedio di tipo potestativo e sostanziale - con effetti retroattivi - esercitabile da parte del donante, idoneo a governare la sopravvenienza e ad attuare una rivalutazione degli interessi in gioco) – 7. La disciplina della riserva di disporre nel contesto della sua negozialità. Il paradigma ex art. 790 c.c. applicato alle c.dd. donazioni indirette, alle donazioni di quote o azioni, al contratto di affidamento fiduciario – 8. La regola *donner et retenir ne vaut* non è principio di ordine pubblico: ricadute applicative sul piano del diritto internazionale privato con particolare riguardo al riconoscimento del c.d. del *trust* (esterno).

1. *Premesse di metodo e impostazione del problema. L'evoluzione consensualistica della donazione dinanzi alla variabilità delle strutture negoziali. Negozio donativo e «poteri privati nei rapporti contrattuali» a quarant'anni da "Le Autorità private" di Cesare Massimo Bianca*

Il contratto di donazione, più di altri contratti tipici, fatica ancóra oggi a fare i conti con taluni dogmi della tradizione, in primo luogo con le nuove

declinazioni che l'art. 1372 c.c. ("il contratto ha forza di legge tra le parti") assume nell'attuale ordinamento e specificatamente nel comparto del Libro II del codice civile. Incalzanti diventano, allora, le domande icastiche della più recente dottrina civilistica: «il testamento ha forza di legge tra le parti»[1], ovvero, «la donazione ha forza di legge tra le parti?»[2].

In questo contesto un obiettivo metodologico dirimente si pone per l'interprete. Ristudiare la donazione, al fine di recuperarne il «bene prezioso della revocabilità»[3], significa restituire nuovo senso ad un'operazione economica che inevitabilmente impatta con gli interessi che le parti intendono realizzare nel corso tempo, adeguando la struttura negoziale del contratto agli obiettivi concreti e variabili degli autori dell'atto. Significa altresì rimodulare, attraverso la lente moderna del rimedio, la struttura del negozio donativo alla luce di quel concetto portante di «potere privato nei rapporti contrattuali», che già Cesare Massimo Bianca delineava nella sua fondamentale e ancora attualissima opera "*Le Autorità Private*" di cui oggi si celebrano i quarant'anni.

Ne è che anche il contratto di donazione, tralatiziamente ricondotto nel novero dei negozi irrevocabili, può essere studiato attraverso il prisma delle vicende sopravvenute. Ciò comporta di dover valorizzare una lettura sistematica delle norme generali sul contratto, superando la mera ubicazione topografica delle disposizioni sulla donazione nell'àmbito delle successioni *causa mortis*. In altri termini, pur non potendosi prescindere dalle innegabili peculiarità del negozio donativo, quest'ultimo deve essere restituito alla sua intima natura contrattuale, alla sua causa concreta che ne può giustificare lo scioglimento anche di là dalle ipotesi legali di revocazione, avendo dunque mente altresì alla produzione *ex voluntate* dell'effetto estintivo. Cade in ultima analisi il dogma per il quale il contratto di donazione, una volta confezionato, non possa andare incontro alle stesse vicende (nella specie, estintiva e traslativa) del rapporto evocate dall'art. 1321 c.c. per il comune contratto.

Muovendo da tutto ciò, l'art. 790 c.c., che compendia, come è noto, il modello della donazione con riserva di disporre - *rectius*: della donazione che può essere sciolta anche dopo la sua stipulazione -, rappresenta, pur senza

[1] S. Pagliantini, *La c.d. forza di legge del testamento*, Napoli, 2016.
[2] A. Zoppini, *La donazione «ha forza di legge tra le parti» (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 223 ss.
[3] L'espressione è di G. Gabrielli, *La successione per causa di morte nella riforma del diritto di famiglia*, in Aa.Vv., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, 1985, p. 177.

essere stato oggetto di specifica attenzione sul piano giurisprudenziale[4], più di una norma isolata e assertivamente eccezionale ovvero inderogabile. Il paradigma della donazione con riserva di disporre, in vero, costituisce un possibile schema generale di attuazione degli interessi rilevanti usufruibile tutte le volte in cui il donante voglia conservare nel tempo un potere di controllo dell'effetto negoziale prodottosi. In tale evenienza i motivi pratici dei contraenti, posti a base della donazione, diventano talmente penetranti - «'fus[i]' con la causa negoziale» - da legittimarne la struttura «liberamente revocabile»[5]. Ciò risponde alla preminente esigenza di dare una rilevanza decisiva ai concreti interessi dei contraenti in base al moderno principio della variabilità della struttura degli atti. Il tutto attraverso la garanzia di una *exit strategy*, ovvero di una sorta di via d'uscita dal contratto, la cui opportunità ha addirittura legittimato, secondo una recente opinione, l'idea di una novazione causale della donazione in vendita, senza passare per il medio di un meccanismo estintivo-costitutivo[6].

[4] Sotto il vigore del codice civile del 1865 consta un'isolata pronuncia in tema di quantificazione della tassa di registro da applicare alla donazione con riserva di disporre: cfr. App. Bologna, 12 novembre 1866, in *Annali*, I, 2, p. 89, ricordata da F. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, IV, 2ª ed., Torino, 1866, p. 448. Più recentemente, cfr. Corte cost., 13 febbraio 2003, n. 52, in *Foro it.*, 2003, c. 1314, con nota di G. Orlacchio, *La funzione giurisdizionale del Notaio e l'obbligo del vitalizio*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 228 ss., che ha dichiarato manifestatamente inammissibile, in quanto sollevata da un soggetto non legittimato (un notaio), la questione di legittimità costituzionale dell'art. 790 c.c., nella parte in cui non prevede la possibilità per il donante di riservarsi la costituzione a proprio favore di una prestazione non pecuniaria di assistenza morale e materiale per la soddisfazione di ogni esigenza di vita, a carico del donatario, tale da non assorbire l'intero valore del bene donato, in riferimento agli artt. 2, 3 e 41 Cost. Sottolinea, inoltre, M. Lupoi, *La donazione con riserva di disporre*, in Id., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, p. 285 ss., che i precedenti in realtà esistono, sia pure relativi al previgente codice civile e che tale circostanza «non è un buon motivo per ignorarli», individuando per esempio nella prospettiva del *trust* un recupero della figura della donazione con riserva di disporre (v. altresì, *infra*, par. 8). Rileva che l'assenza di giurisprudenza non va interpretata come sintomo di una sostanziale disapplicazione della norma *ex* art. 790 c.c. ma, al contrario, come l'affermazione di una prassi che non ha comportato finora particolari criticità (sulla base della c.d. attività anti-processuale del notariato), U. Morello, *La donazione con riserva di disporre: le regole, la prassi (un'antica norma rivisitata)*, in *Notariato*, 2015, p. 375.

[5] A. Zoppini, *La donazione «ha forza di legge tra le parti»*, cit., p. 225. Su un piano teorico più generale, l'a. ricorda quelle posizioni che configurano la riserva come pertinente alla definizione causale della fattispecie (U. Majello, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore dei terzi*, Napoli, 1962, p. 149 ss.; L. Mengoni, *Gli acquisiti «a non domino»*, 3ª ed., Milano 1975, p. 4, il quale discorre di facoltà di disposizione «incorporata» nella causa).

[6] Il riferimento è a F. Angeloni, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 947 ss. In senso

Una tale riflessione non appare estranea neppure ai giuristi d'oltralpe, giacché proprio in Francia, ove trova un fertile *humus* il principio di irrevocabilità della donazione (c.d. principio *donner et retenir ne vaut*), la dottrina più recente ha osservato che «*l'irrévocabilité spéciale ne se justifie sur aucun plan, si bien que la donation, comme tout contrat, devrait permettre la stipulation d'un dédit*»[7].

Queste considerazioni schiudono di riflesso interrogativi di più ampio respiro. Ha ancóra senso frapporre una cesura di principio tra la *lex generalis contractus* (artt. 1321-1469 c.c.), le norme sul contratto di compravendita e le norme sul contratto di donazione? E, di qui, il principio di irrevocabilità della donazione, assunto in tesi come confliggente con quello della revocabilità del contratto, può ritenersi ancóra attuale? Ha senso, inoltre, una netta contrapposizione tra vendita con patto di riscatto (art. 1500 ss. c.c.) e donazione sempre e comunque irrevocabile (una volta conclusa)? Ha senso una netta cesura tra vendita di cosa altrui (*valida*) e donazione di cosa altrui (*invalida* se non presidiata dall'assunzione di un'obbligazione di *dare*/*facere*)[8]? Ha senso una netta contrapposizione tra vendita di beni

critico rispetto a tale posizione, G. Amadio, *Attribuzioni liberali e «riqualificazione della causa»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 508 ss., il quale rileva che la costruzione della novazione causale della donazione non passa (come dovrebbe) attraverso un meccanismo estintivo-costitutivo, e dunque non fa ricorso a una caducazione degli effetti della donazione (come sin dalle premesse la tesi in esame ha cura di chiarire, prendendo le distanze dall'impiego del mutuo dissenso), ma piuttosto «mantenendo» l'effetto attributivo, e rideterminandone la causa (da quella *donandi* a quella *vendendi*).

[7] In tali termini si esprime W. Dross, *L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle?*, in *Revue trimestrielle de droit* civil, 2011, p. 25.

[8] Cfr. la ormai nota Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5058 (relativa alla fattispecie di donazione di quote di comproprietà su beni immobili determinati, in comunione con più beni), in *Notariato*, 2016, p. 556 ss., con nota adesiva di U. Morello, *La donazione di bene altrui, alcune riflessioni*. La pronuncia in esame ritiene valida la donazione di cosa altrui, perché non attinta dal divieto *ex* art. 771 c.c., a condizione che il donante dichiari espressamente nell'atto pubblico che è consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio e si obblighi ad acquisirne la titolarità per trasferirla poi al donatario, ovvero - il che non ben è chiarito nella pronuncia - a farne procurare l'acquisto direttamente dal terzo. In mancanza di questa consapevolezza e in assenza delle dichiarazioni espresse che si richiede siano indicate nell'atto pubblico, la donazione di beni altrui è nulla per mancanza di *expressio causae*. *Contra*, già, B. Biondi, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, XII, Torino, 1961, p. 349, il quale ritiene applicabile direttamente l'art. 1478, comma 1, c.c., in tema di contratto di vendita, sull'assunto che «non si può distinguere tra atto a titolo oneroso ed atto a titolo gratuito, giacché la obbligazione nascente dalla donazione non diverge da quella derivante da qualunque contratto con effetti obbligatori». Esclude la validità della donazione di cosa altrui (pur ammettendo la validità delle donazioni di *dare*), A. Torrente, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-*

futuri e donazione di un bene futuro determinato, alla quale osterebbe il principio di irrevocabilità della donazione[9], ovvero il timore di prodigalità del donante[10]? Si tratta di questioni, cui non può che accennarsi in questa sede, ma che sono destinate a trovare una rinnovata soluzione rispetto alla tradizione, una volta maturata la consapevolezza che la disciplina generale del contratto, in particolare quella della vendita, deve potersi applicare anche all'atto di donazione.

Sul piano metodologico, muovere dagli interessi concreti per governare le strutture negoziali, consente probabilmente quantomeno di dubitare di taluni rigidi steccati tradizionalmente eretti tra le figure contrattuali in generale e la donazione, al lume di quella che è stata recentemente definita «l'evoluzione consensualistica»[11] della donazione medesima (sia pure presidiata dai congegni della collazione, riduzione e trascrizione). Si tratta, per altro verso, di avere a mente, anche nel caso dell'atto donativo, la categoria dell'attività, valorizzando, dunque, l'intero programma negoziale donativo pattuito a monte nel quadro così di una più complessa operazione di pianificazione a lungo termine.

2. *La donazione 'revocabile' e i retaggi della storia degli ordinamenti. Lo psuedo-principio donner et retenir ne vaut e la sua irragionevolezza sopravvenuta*

Il modello della donazione 'revocabile' si scontra anzitutto con la storia degli ordinamenti.

Mengoni, 2ª ed., Milano, 2006, p. 492.

[9] L'obiezione è riferibile a R.J. Poither, *Traité des donations entre vifs*, Paris, 1778, n. 80; seguíto, in Italia, da F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8ª ed., Milano, 1954, p. 17. In senso contrario, ammette la donazione di un bene futuro determinato, B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 338, superando, di là dal profilo più problematico del divieto dei patti successori, l'obiezione classica del carattere irrevocabile della donazione che osterebbe *tout court* alla donazione di beni futuri. Anche la dottrina e la giurisprudenza francesi non intravedono ostacoli ad ammettere la donazione di *biens à venir* per effetto del principio di irrevocabilità, così accantonando una lettura eccessivamente rigida dell'art. 943 *cod. civ. fr.* («la donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard»): v., in tal senso, W. Dross, *L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle?*, cit., pp. 37 e 44. (e, in giurisprudenza cfr., per tutte, *Cass. civ.*, 1re, 6 juin 1966, in *Bull. civ.*, I, n. 342).

[10] A. Torrente, *La donazione*, cit., p. 492.

[11] Così A. Zoppini, *La donazione «ha forza di legge tra le parti»*, cit., p. 230.

Come è noto, il principio di diritto consuetudinario normanno, dichiarato nelle consuetudini di Parigi, secondo il quale *donner et retenir ne vaut*[12], origina da un contesto storico di diritto comune, ancóra tendenzialmente ostile alle donazioni e proteso a tutelare il patrimonio familiare, privo di adeguati strumenti di salvaguardia, tra i quali l'azione di riduzione delle donazioni. In vero la perdurante attualità del principio di irrevocabilità confluito nell'art. 894 ("la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte") e nell'art. 944 del code civil francese ("toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle")[13], che ha addirittura generato in taluni il timore di frode alla legge da parte dell'autonomia privata[14], è oggidì messa in dubbio dalla stessa dottrina francese e se ne sostiene infatti la tacita abrogazione[15].

Vi è inoltre che anche il nostro codice del 1942, a differenza del codice del 1865, non ne fa più menzione né nell'art. 769 c.c. né nell'art. 790 c.c. Mentre cioè l'art. 1050 c.c. 1865 riproduceva pedissequamente l'art. 894 *code civil* francese ("la donazione è un atto […] con quale il donante si spoglia attualmente e irrevocabilmente della cosa"), affermando espressamente il principio di irrevocabilità della donazione ed enunciando la regola che, ove il donante si fosse riservato la facoltà di disporre e fosse

[12] Sul tema v., tra gli altri, A. Trasbot et Y. Loussouarn, *Donations et testaments*, in *Traité pratique de droit civil français Planiol-Ripert*, Paris, 1957, p. 573 ss.; R.J. Pothier, *Traité des donations, nouv. éd.*, Paris, 1845, p. 377 ss., sect. 2,2; G. Braudy-Lacantinerie, *Trattato tecnico pratico di diritto civile, Delle donazioni tra vivi e dei testamenti*, I, trad. it., Milano, 1988, par. 26, p. 9 ss.; F. Maroi, *Una sopravvenienza arcaica. L'irrevocabilità della donazione*, in Aa. Vv., *Scritti giuridici*, Milano, 1955, p. 549 ss. Già in senso critico, per via di una irragionevole compressione dell'autonomia privata, si esprimono B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 64 ss.; A. Torrente, *La donazione*, cit., p. 391 ss.; nella manualistica francese, H.L. e J. Mazeaud, *Leçon de droit civil*, IV, 2, in A. Breton (a cura di), *Successions, Liberalités*, 4ª ed., Paris, 1982, p. 702 ss.

[13] V. diffusamente le più recenti osservazioni relative al tema dell'irrevocabilità della donazione di H. Lécuyer, *L'irrévocabilité spéciale des donations: Étude offertes a P. Catala*, Paris, 2001, p. 405 ss.; T. Genicon, *De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit*, in Aa. Vv., *Mélanges G. Champenois*, Paris, 2012, p. 303 ss.

[14] Così, dubitativamente, B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 854 ss.; a seguire, anche, A. Natale, *La donazione con riserva di disporre una prestazione assistenziale in favore del donante*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, spec. p. 128 s.

[15] W. Dross, *L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle?*, cit., p. 44, ed *ivi* la conclusione che «les clauses de dédit devraient être pleinement admises dans les donations». V., altresì nella stessa direzione, C. Salinière, *La réversibilité des donations*, *ivi*, 2004, p. 21.

morto senza aver disposto del bene, quel bene sarebbe automaticamente rientrato nel patrimonio del *de cuius* e sarebbe stato attribuito agli eredi del donante (art. 1069 c.c. 1865), al contrario l'art. 790 c.c. 1942 non reitera più il principio di irrevocabilità ed esclude il passaggio del bene agli eredi del donante sí che l'acquisto si consolida definitivamente in capo al donatario in caso di morte del donante[16].

La soluzione adottata dal codice civile italiano del 1942 sembra più conforme al quadro che emerge dall'ordinamento tedesco, ove il principio della revocabilità della donazione non è stato codificato nel *BGB* e nel vicino diritto svizzero, ma viene ritenuto indirettamente sussistente in via dottrinale e giurisprudenziale, suggerendosi altresì un controllo di meritevolezza secondo buona fede dell'esercizio dell'atto di revoca[17]. In direzione analoga all'art. 790 c.c. si muove altresì l'ordinamento spagnolo e, in particolare, l'art. 639 del *codigo civil* spagnolo il quale, in tema di donazione *inter vivos*, non ha appunto codificato il principio *donner et retenir ne vaut*[18].

Può dirsi dunque, come è stato già affermato, che l'irrevocabilità «rinforzata» ovvero «di secondo grado» (non solo quella che discende dalla forza di legge del contratto)[19] della donazione, ossia quella che rende addirittura inoperabile ogni revoca dell'effetto contrattuale, appare estranea al nostro modello di donazione[20].

3. *La tesi tradizionale: la riserva di disporre alla luce del fenomeno condizionale (condizione sospensiva e risolutiva). Critica*

Acclarato che, anche ad un'attenta analisi del dato comparatistico,

[16] A. Natale, *La riserva di disporre di cose determinate*, in *Tratt. Bonilini*, Torino, 2014, p. 327 ss.

[17] Lo riferisce A. Zoppini, *La donazione «ha forza di legge tra le parti»*, cit., p. 229, che rinvia agli spunti di J. Koch, Sub *516*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, *Schuldrecht-Besonderer Teil*, 6ª ed., München, 2012, p. 1073 s. [Rdn. 13]; U. Huber, *Der Ausschluß des Personengesellschafters ohne wichtigen Grund*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1980, p. 177 ss.; H. Seutmann, *Der Widerruf von Schenkungen unter Ehegatten*, Bielefeld, 1984, p. 50 ss.; H. Kollhosser, *Aktuelle Frage der vorweggenommene Erbfolge*, in *Arch. civ. pr.*, 94, 1994, p. 231, spec. p. 237. Tra le decisioni: *RG*, 6 febbraio 1905, in *Entscheidungen des Reichsgerichgts*, 62, p. 386 ss., a p. 390.

[18] V., per tutti, J. Castán Tobeñas, Derecho Civil Español, Común y Foral, I, II, 14ª ed., Madrid, 1987, p. 96.

[19] Cosí H.L. e J. Mazeaud, *Leçon de droit civil*, cit., p. 702 ss.

[20] A. Zoppini, *La donazione «ha forza di legge tra le parti»*, cit., p. 229.

il principio di irrevocabilità della donazione non è stato recepito dal nostro sistema normativo e dunque non può nemmeno definirsi, come si osserverà in séguito, un principio di ordine pubblico in relazione a fattispecie negoziali connotate da elementi di estraneità[21], va osservato preliminarmente che le tesi tradizionali vólte ad inquadrare il fenomeno della riserva di disporre nell'àmbito del fenomeno condizionale prendono le mosse da presupposti non convincenti e soprattutto non coerenti con una rinnovata interpretazione ed eterogenesi dei fini che l'art. 790 c.c. impone.

Si tratta della riconduzione della fattispecie in esame al meccanismo della condizione sospensiva o risolutiva. In definitiva, la donazione sarebbe condizionata non nel suo complesso, bensì limitatamente ai beni oggetto di riserva, mentre relativamente alla parte non riservata si configurerebbe una donazione pura e semplice[22].

La tesi della condizione sospensiva muove dall'assunto della mancata attribuzione dei beni oggetto di riserva al donatario (*id est*: l'effetto traslativo non si produce se non in via eventuale e differita), là dove la tesi della condizione risolutiva presuppone l'avvenuta attribuzione *ab origine* dei beni oggetto di riserva al donatario in via definitiva e salvo l'eventuale prodursi della vicenda risolutoria finale.

Secondo taluni, dunque, la fattispecie in discorso andrebbe qualificata come donazione sottoposta ad una condizione sospensiva potestativa negativa, in presenza della quale l'evento dedotto in condizione è la mancata disposizione da parte del donante dei beni riservati e con un termine finale di pendenza individuato nella morte del donante[23]. La titolarità dei beni donati resterebbe in via provvisoria in capo al donante, giacché il depauperamento del suo patrimonio si assume soltanto eventuale, ed è con la morte del donante che potrà prodursi in via differita l'effetto traslativo in favore della parte donataria. A tale ricostruzione sono state tuttavia mosse diverse obiezioni: anzitutto, essa non rispetterebbe fedelmente la concreta volontà del donante di attribuire immediatamente i beni oggetto di riserva al donatario[24]; sotto altro profilo, il meccanismo della condizione sospensiva negativa testé descritto potrebbe concretare una donazione *cum moriar*, la cui legittimità è, come noto, fortemente discussa nel nostro ordinamento per la possibilità di impatto con il divieto di patti successori *ex* art. 458 c.c.[25].

[21] *Infra*, par. 8.
[22] B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 860.
[23] F.S. Azzariti, G. Martines, G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 823 ss.
[24] B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 860.
[25] C. Cera, M. Polizzano, *La donazione con riserva della facoltà di disporre*, in *Riv. not.*,

Si è allora prospettata, a vario titolo e in via maggioritaria, la possibilità di ricondurre l'art. 790 c.c. alla donazione sottoposta ad una condizione risolutiva[26]. Tale condizione, per alcuni autori, sarebbe meramente potestativa, eccezionalmente valida per espressa volontà del legislatore[27]. Per altri autori, essa sarebbe ammissibile in forza dei princípi generali in base ai quali soltanto la condizione sospensiva meramente potestativa *vitiatur et vitiat ex* art. 1355 c.c.[28]: in questa prospettiva, l'evento dedotto in condizione consisterebbe nella disposizione da parte del donante del bene riservato a favore di un terzo o addirittura anche di sé stesso, di guisa che l'effetto traslativo sarebbe comunque immediato ma l'evento risolutivo si produrrebbe in via retroattiva alla stregua dei princípi generali in materia di condizione. Siffatta condizione sarebbe inoltre, per altri autori, non mera in quanto, ove il donante eserciti la facoltà di disporre, sarebbe comunque mosso da ragioni apprezzabili e meritevoli sia che disponga a favore di sé stesso sia che disponga a favore di terzi[29].

Anche la tesi della condizione risolutiva potestativa - che al limite potrebbe essere condivisa purché l'evento dedotto in condizione consista nel compimento dell'atto di disposizione del bene riservato a favore esclusivamente di terzi e non già anche dello stesso donante (posto che, in quest'ultimo caso, si configurerebbe una condizione *si volam*), ovvero si concretizzi in un ritorno del *donatum* all'autore della liberalità con successivo trasferimento ai terzi quale disposizione dell'aspettativa conseguita dal

1998, I, p. 1193.

[26] La tesi è stata variamente formulata con opinioni non concordi sul punto: v., tra gli altri, A. Torrente, *La donazione*, cit., p. 565 s.; riferisce la costruzione della condizione risolutiva alla sola parte riservata della donazione, B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 859 ss., spec. 862; G. Balbi, *La donazione*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1964, p. 55 ss.; L. Gardani Conturs-Lisi, *Delle donazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 340 s.; U. Carnevali, *Le donazioni*, in *Tratt. Rescigno*, 6, II, Torino, 1997, p. 535 s.; A. Cataudella, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2005, p. 114 s. Per la ricostruzione del dibattito v., altresì, A. Palazzo, *Le donazioni*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 318; Id., *I singoli contratti*, 2, *Atti gratuiti e donazioni*, *La facoltà di disporre*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 309 s.; Id., *La riserva di disporre di cose determinate*, in *Tratt. Bonilini*, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 929 ss.

[27] G. Balbi, *La donazione*, cit., p. 55 ss.

[28] A. Cataudella, *Successioni e donazioni*, cit., p. 115, il quale si esprime criticamente verso l'opinione che, anziché applicare al caso di condizione illecita e impossibile la disciplina del contratto in generale (art. 1354 c.c.), ritiene di dover applicare quella *ex* art. 794 c.c. in tema di onere impossibile o illecito (così, invece, M. Moretti, *La donazione sotto condizione*, in *Tratt. Bonilini*, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 831).

[29] B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 860.

donante con il perfezionamento della liberalità[30] - non è andata esente da osservazioni critiche riconducibili a più ordini di ragioni: in particolare, alla dubbia ammissibilità di una condizione meramente potestativa nel nostro ordinamento, alla frizione che si innescherebbe con la logica del divieto, espressamente codificato dall'art. 790 c.c., di trasmissione agli eredi del donante dell'aspettativa a quest'ultimo spettante, all'inammissibilità di una disposizione del diritto riservato da parte del donante direttamente a favore di terzi (senza un previo ritorno del *donatum* all'autore della liberalità)[31], al divieto di patti successori e della *donatio mortis causa*[32], alla difficile configurabilità della c.d. proprietà temporanea o risolubile[33].

Il limite della tesi tradizionale, di là dai rilievi tecnici su esaminati, muove tuttavia da un'opzione ermeneutica non del tutto corretta: l'idea che l'effetto donativo, una vólta prodottosi tramite la stipula dell'atto, sia definitivo e che la donazione perfetta ed efficace *ab origine* debba essere cancellata retroattivamente dall'ordinamento giuridico attraverso il classico meccanismo condizionale risolutorio.

4. *Il riferimento alla teorica della scissione tra titolarità e legittimazione all'esercizio del diritto. Critica*

Non sembra cogliere nel segno neppure la posizione che, mutuando il sistema tedesco della c.d. autorizzazione (§ 185 *BGB*), tenta di ricondurre la fattispecie analizzata alla scissione tra titolarità e legittimazione[34]. Ne consegue

[30] «Accade così che nel momento stesso in cui il donante dispone dell'aspettativa a favore del terzo si verifica la condizione risolutiva, il diritto sul bene riservato fuoriesce dalla sfera giuridica del donatario ed entra in quella del terzo senza sostare in quella del donante»: così C. Cera, M. Polizzano, *La donazione con riserva*, cit., pp. 1995 ss. e 1198.

[31] B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 861.

[32] A.A. Carrabba, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.*, Napoli, 2009, p. 518.

[33] Cenni in tal senso si rivengono nell'analisi di A.C. Pelosi, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 316, nt. 59. L'osservazione trova sostegno anche nella dottrina spagnola: v., per esempio, M. Peña Bernaldo De Quirós, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, I, 4ª ed., Madrid, 2001, p. 159: «a estos casos de inestabilidad del dominio hay que agregar los supuestos en que el dominio mismo es el derecho o uno de los derechos sometidos a una situación interina (dominio sujeto a término o a condición …) o al ejercicio de derechos potestativos (… reserva por el transmitente de facultades de disposición). En todos estos supuestos se ha visto la quiebra de uno de los caracteres tradicionales de la propiedad: la *perpetuidad*, puesto que cabe "la propiedad resoluble", "la propiedad revocable", "la propiedad temporal"(…)».

[34] E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, 2ª ed., Torino,

che l'art. 790 c.c., lungi dall'essere mera norma interpretativa di clausola negoziale di una fattispecie condizionale[35], identificherebbe una disposizione in tesi eccezionale la quale, in virtú della particolare fattispecie contrattuale della donazione, consentirebbe al donante ciò che negli altri tipi contrattuali non è concesso. Il donante, cioè, per il tramite della riserva resterebbe titolare del solo *ius disponendi* tipico del proprietario (art. 832 c.c.), suggerendosi così l'ipotesi di scissione tra titolarità e legittimazione ed aprendo dunque nuove prospettive nel contesto della tradizionale tipicità dei diritti reali.

Sul piano degli effetti, mentre la condizione risolutiva produce un effetto retroattivo reale e dunque consentirebbe di considerare come mai verificato il passaggio donativo, con la conseguenza che il bene donato (per esempio l'immobile) potrebbe circolare liberamente senza alcun vincolo di sorta, in caso di scissione tra titolarità e legittimazione, ove il donante ponga in essere un atto dispositivo della piena proprietà, si sarebbe di fronte ad un negozio con effetti sul patrimonio altrui (del donatario). In vero, in virtù del particolare potere di riserva, il negozio dispositivo sarebbe compiuto a proprio nome (del donante) e dunque avrebbe l'effetto non tanto di risolvere gli effetti traslativi in capo al donatario-proprietario quanto quello di imputare l'atto direttamente al donante-disponente, così paralizzando di fatto la disciplina dell'azione di riduzione e restituzione. Il donante, per effetto del potere di riserva, potrebbe allora «consumare» il contenuto della donazione sino ad esaurirla. Ciò comporterebbe, inoltre, che la donazione medesima non necessariamente debba essere sciolta: per esempio, nel caso di un atto dispositivo di un diritto reale minore ovvero di una garanzia reale, la donazione non avrebbe ragione di essere sciolta, potendo, una volta estinta la garanzia, continuare a produrre i suoi effetti.

Ma anche una simile ricostruzione, benché possa trovare conforto in fenomeni affini già consolidatisi nel nostro sistema normativo (si pensi a quello delle società fiduciarie o dei patrimoni destinati), non ha mancato di legittimare talune perplessità. Anzitutto, si è opposta una certa indeterminatezza del limite delle ragioni proprietarie trasferite al destinatario

1950, p. 221. Dubitativamente prende in considerazione tale costruzione (per censurarla) anche A. Torrente, *La donazione*, cit., p. 566. Propende, da ultimo, per l'opinione in questione M. Marini, *L'articolo 790 c.c. Possibile rimedio per facilitare la circolazione dei beni di provenienza donativa*, Relazione Convegno Arce 10 maggio 2013, cit. dallo scritto.

[35] A. Torrente, *La donazione*, cit., p. 790, secondo il quale l'art. 790 c.c. ha valore di «norma interpretativa di clausole che potremmo definire *standard*». Ma v., *contra*, R. Perchinunno, *Il contratto di donazione*, in *Tratt. Rescigno-Ieva*, II, 2ª ed., Padova, 2010, p. 411, che invece identifica la norma in «un omaggio che probabilmente si volle consegnare al nuovo sistema dei contratti emergente dal codice del 1942».

della liberalità e alla sua sostanziale successiva determinazione ad opera di una mera volontà privata (del donante)[36]. Ma, soprattutto, si è rimarcato che l'eventuale acquisizione del bene donato da parte di terzi a séguito dell'esercizio della facoltà riservata avverrebbe dallo stesso donante e non dal donatario-proprietario (sulla falsariga dello schema, come si osservava, dei negozi su patrimonio altrui), là dove, qualora il donante dovesse esercitare in proprio favore tale facoltà, la donazione presenterebbe sul piano effettuale una connotazione semplicemente risolutiva e dunque non traslativa[37].

Soprattutto, il riferimento a clausole di abilitazione, ovvero ai negozi autorizzativi[38] e ai negozi su patrimonio altrui[39], ancóra una volta, non sembra calzare pienamente con l'ipotesi normativa *ex* art. 790 c.c. E, infatti, l'autorizzazione, che è mutuata dal sistema tedesco, non trova alcun parallelismo nell'àmbito del sistema italiano. In altri termini, l'autorizzazione in senso tecnico prevista dal diritto tedesco nel § 185 *BGB* non ha soltanto effetti interni, cioè fra autorizzante e autorizzato, ma ha anche rilievo nei confronti dei terzi sulla base del consenso espresso del titolare. In questa prospettiva il concetto di autorizzazione si discosta notevolmente dal semplice attribuire una «facoltà di disporre» trasformandosi, per via del consenso prestato dalle parti, in un vero e proprio «potere di disporre» che pare estraneo dalla portata dell'art. 790 c.c.[40].

Sotto ulteriore aspetto, il riferimento alla teorica della scissione tra titolarità e legittimazione non sembra aderire pienamente al fenomeno in analisi che si incentra su un trasferimento immediato della piena proprietà al donatario sia pure in via non stabile (finché è possibile esercitare la riserva). L'attenzione va cioè meglio concentrata sull'effetto e sulla sua successiva eventuale stabilizzazione e non sulla natura e sul contenuto del diritto trasferito che rimane, nel caso della donazione con riserva di disporre (eccettuata la donazione di diritti diversi dal *dominium*), una proprietà

[36] A. Torrente, *La donazione*, cit., p. 790, il quale discorre di «disintegrazione del diritto soggettivo».
[37] A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 519.
[38] Sostenitori della categoria richiamata nel testo, nella dottrina italiana, sono A. Nattini, *Il negozio autorizzativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, p. 486; L. Carraro, *Contributo alla teoria dell'autorizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 282; Id., *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, pp. 26 ss. e 99 ss.; da ultimo, anche per una compiuta analisi anche bibliografica, V. Farina, *L'autorizzazione a disporre in diritto civile*, Napoli, 2001.
[39] V., per tutti e senza esaustività, L. Cariota Ferrara, *I negozi su patrimonio altrui*, Napoli, 1936, p. 53 ss.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 221 ss.
[40] Su tale profilo insistono le riflessioni di V. Di Gregorio, *Gli atti compiuti dal mandatario nei confronti dei terzi*, in P. Sirena (a cura di), *I contratti di collaborazione*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2011, p. 157, nt. 155.

tradizionale (seppur soggetta a vincoli *ab initio*) e non una proprietà propriamente fiduciaria.

5. *L'abbandono dello stereotipo della definitività dell'effetto donativo nel quadro delle possibili vicende (estintive e traslative) della donazione. La clausola di riserva quale patto di recesso in favore del donante alla stregua della moderna duttilità funzionale del* ius poenitendi

L'asse di indagine deve essere dunque propriamente curvato, come si diceva in apertura, sulla disponibilità negoziale dell'effetto (art. 1321 c.c.) e, in particolare, sulla produzione *ex voluntate* dell'effetto estintivo (poi seguíto da quello traslativo). Non vi è dubbio, infatti, che l'esercizio della riserva di disporre ponga fine al rapporto di donazione in essere e ristabilisca per l'effetto lo *status quo ante*.

La vicenda risolutiva può prodursi sia consensualmente sia unilateralmente. Sotto il primo aspetto, rileva il meccanismo classico del retro-negozio: si potrebbe immaginare, come è stato suggerito, il ricorso al mutuo dissenso (parziale), ovvero alla possibilità di concedere da parte del donatario un'opzione di mutuo dissenso in favore del donante insita nella stessa liberalità, la quale in vero meglio si attaglierebbe al caso della riserva del donante su tutti i beni donati[41].

Ma lo scioglimento della donazione, sull'assunto dell'insufficienza metodologica del ricorso alla mera tecnica della sussunzione al fine della selezione della giusta disciplina applicabile alle fattispecie liberali[42], dovrebbe poter discendere, alla luce della tesi in esame, direttamente dall'esercizio del diritto di recesso in favore del donante come disciplinato dall'art. 1373 c.c. per il contratto in generale (con susseguenti obblighi restitutori *ex* art. 2037 c.c.)[43]. Tale opzione ermeneutica potrebbe in ipotesi incontrare una frizione

[41] Lo ipotizza su un piano meramente astratto A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 519.

[42] Questa la convincente premessa di metodo assunta da A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 675.

[43] In tal senso ancóra A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., pp. 520 ss., 521, 675 s., il quale ammette la possibilità di inserire un patto di recesso (purché soggetto a termine) nel negozio donativo. La possibilità di inserire un patto di recesso nella donazione è altresì riconosciuta da A. Cataudella, *Successioni e donazioni*, cit., p. 150, per il caso di donazione avente ad oggetto la somministrazione di cose o prestazioni di lavoro. In senso conforme, rileva che «la riserva di disporre (termine tecnico-giuridico obsoleto) può essere considerata come un recesso, ammesso espressamente dalla legge, o in modo forse più appropriato una revoca», U. Morello, *La donazione con riserva di disporre*, cit., p.

con il c.d. principio di esecuzione quale limite stesso posto dal legislatore all'esercizio del recesso. Il recesso cioè non sarebbe riferibile ai contratti ad effetti reali immediati (come la compravendita ovvero la stessa donazione)[44], salvo il caso di effetti differiti (si pensi alla vendita di cosa futura). Inoltre, è stato obiettato che dagli artt. 1372, comma 2, c.c. e 1458, comma 2, c.c., possa desumersi l'ordinaria natura obbligatoria della retroattività del recesso risolutivo[45].

Tali obiezioni sono però destinate a relativizzarsi alla luce delle moderne evoluzioni specie in chiave funzionale dell'istituto del recesso, anche avendo mente alla legislazione consumeristica e di impresa. L'opinione in esame opportunamente sottolinea, infatti, come il piano effettuale possa essere oggetto di regole negoziali e la tutela dei terzi sia già garantita dalla pubblicità degli atti in parallelo a quanto accade peraltro dinanzi al riscatto nella vendita[46]. Senza considerare che la giurisprudenza di legittimità oggi ammette il recesso, in deroga all'art. 1373, ult. comma, c.c., anche per i contratti che hanno già avuto un inizio di esecuzione[47]. L'imporsi inoltre delle ragioni del donante e dei suoi aventi causa su quelle dell'avente causa del donatario, secondo la posizione in esame, discenderebbe dalle limitazioni cui è soggetto *ab origine* il diritto del donatario, come accade ancóra una volta per la vendita con patto di riscatto, limitazioni che implicano l'applicazione del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* il quale determina la prevalenza dell'avente causa dal donante sull'avente causa dal donatario (fatti salvi, in ogni caso, il principio dell'affidamento e la funzione, insita nel sistema della trascrizione, di dirimere i conflitti tra le due classi di aventi causa)[48].

Ma soprattutto l'opportunità di ricorrere allo strumento del recesso trova conforto, come si diceva poc'anzi, anche nella attuale caratura funzionale dell'istituto del recesso medesimo, non più inteso come mero strumento di scioglimento del vincolo bensì, alla luce di tutta la legislazione di matrice

377; da ultimo, M. Lupoi, *La donazione con riserva di disporre*, cit., p. 290.

[44] L'obiezione è mossa da C. Cera, M. Polizzano, *La donazione con riserva*, cit., p. 1196. Ma v., già in questo senso, B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 859.

[45] C. Cera, M. Polizzano, *La donazione con riserva*, cit., p. 1196, spec. nt. 8.

[46] A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 520.

[47] La regola in base alla quale la facoltà di recedere dal contratto, attribuita ad una delle parti, può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione è infatti suscettibile di deroga per contraria pattuizione: cfr., per esempio, Cass., 27 febbraio 1990, n. 1513, in *Foro it.* Rep., 1990, voce *Contratto in genere*, n. 276.

[48] A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., pp. 521 e 528 ss. Quanto all'applicazione del meccanismo della trascrizione, nel caso in esame, v. sulla posizione dell'a., *amplius infra* par. 6, nt. 65.

comunitaria, quale meccanismo di rivalutazione funzionale degli interessi delle parti, se non di riequilibrio del contratto[49]. In tale ottica, il donante potrebbe essere ammesso ad esercitare un vero e proprio *ius poenitendi*, come è stato altresì suggerito dalla dottrina spagnola[50], sí che il recesso, da un lato, assumerebbe la funzione di determinare l'ampiezza della prestazione, dall'altro lato, sarebbe strumentale alla definizione di vicende contrattuali persino con effetti reali, come nel caso della donazione, in relazione a vizi o a circostanze sopravvenute ed infine, se non collegato ad inadempimenti o a vizi o ad altra eventuale specifica giusta causa, in ogni caso attuativo degli interessi delle parti e nella specie del donate medesimo[51].

[49] Lo sottolinea, molto chiaramente, E. Capobianco, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, p. 56 ss. (anche per ulteriori ragguagli bibliografici alle nt. 122 e 123), che inquadra l'istituto del recesso (di derivazione comunitaria) in una più moderna ricostruzione dei diritti potestativi, ovvero come diritto riconosciuto in presenza di meritevoli ragioni giustificatrici e differentemente disciplinato sulla base di un'attenta selezione degli interessi complessivamente dedotti nel rapporto. In argomento la letteratura è ormai molto vasta: v., tra gli altri e senza alcuna pretesa di completezza, G. Gabrielli, *Vincolo unilaterale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 1 ss.; G. De Nova, *Recesso e risoluzione dei contratti: appunti di una ricerca*, in Id. (a cura di), *Recesso e risoluzione dei contratti*, Milano, 1994, p. 9 ss.; G. Grisi, *Lo* «ius poenitendi» *tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 592 ss.

[50] J. Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español*, cit., p. 49: «creemos que lo que el donante "se reserva" es una facultad muy próxima a lo que la doctrina denomina un "derecho potestativo o de formación o modificación jurídica"».

[51] Si tratta di assoggettare l'esercizio del potere ad un controllo di meritevolezza: pare opportunamente affermarlo A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 523, ove il rilievo che «l'esercizio della facoltà di disporre non sembra in tesi subordinato ad esigenze particolari del donante e se pur deve essere in concreto meritevole può ritenersi espressione, al pari della donazione, dell'ampia e personale libertà che i privati hanno nell'effettuare l'attribuzione liberale». Limite alla disposizione della riserva è, ovviamente e preliminarmente, quello di liceità dell'operazione realizzata (p. 522 ss.; in senso conforme, anche, U. Morello, *La donazione con riserva di disporre*, cit., p. 379 s., il quale sottolinea l'inammissibilità di una riserva disposta al mero fine di indurre il donatario a compiere attività illecita o per coartare in modo indebito le decisioni del donatario che appartengono alla sua piena e non controllabile discrezionalità; M. Lupoi, *La donazione con riserva di disporre*, cit., p. 290).

6. *Una ricostruzione alternativa per il caso di sopravvenienze meritevoli: dal recesso all'atto unilaterale di risoluzione (a mò di rimedio di tipo potestativo e sostanziale - con effetti retroattivi - esercitabile da parte del donante, idoneo a governare la sopravvenienza e ad attuare una rivalutazione degli interessi in gioco)*

L'art. 790 c.c. introduce dunque una chiara ipotesi di vicenda sopravvenuta inerente l'assetto di interessi già costituito con il contratto di donazione che prende corpo in un effetto estintivo e (successivamente) traslativo dell'originario *donatum*. Quanto a dire che la donazione, valutata in chiave di operazione dinamica sul piano del rapporto, ben può andare incontro a una rivisitazione degli interessi iniziali delle parti. La donazione non assurge dunque ad atto istantaneo traslativo del diritto di proprietà una volta per tutte e in modo definitivo, come è nella *communis opinio*, ma è rapporto che può modificarsi nel tempo per effetto di sopravvenienze meritevoli. La definitività dell'effetto non è infatti connotato essenziale e indefettibile del contratto di donazione[52], posto che il nostro ordinamento contiene numerosi indici di instabilità dell'attribuzione patrimoniale realizzata con la donazione stessa[53]. Tale effetto, come accade in presenza di

[52] G. Amadio, *Attribuzioni liberali e «riqualificazione della causa»*, cit., p. 498, che richiama l'ipotesi della donazione, per la quale gli artt. 793, 797, n. 3, c.c. prevedono che il valore della cosa donata possa essere assorbito integralmente dall'adempimento dell'onere e che, in caso di evizione, la garanzia dovuta dal donante sia limitata alla concorrenza dell'ammontare dell'onere o delle prestazioni ricevute. Ulteriore conferma della non essenzialità dell'arricchimento si trae poi, per l'a., da quelle ipotesi in cui l'oggetto donato abbia un valore morale, storico o affettivo, più che patrimoniale (come nella donazione di lettere o ricordi di famiglia). In conclusione, «l'arricchimento, inteso come incremento patrimoniale oggettivo, rappresenta nulla più che un *naturale negotii*, come tale inidoneo a fornire l'indice di riconoscimento della categoria "liberalità"» [p. 498 s., e, in senso conforme, spec. nt. 26, per maggiori ragguagli bibliografici sul punto alla dottrina nei vari tempi, tra cui v., almeno, G. Balbi, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942, p. 136 ss.; A Cataudella, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 110 ss.; G. Biscontini, *Onerosità corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 51 ss.; G. Mirabelli, *Dialoghi in tema di liberalità*, in Aa. Vv., *Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, III, p. 1952; A. Checchini, voce *Liberalità (atti di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 3 s.].

[53] V., efficacemente su tale aspetto, F. Macioce, *L'obbligazione e il contratto*, 3ª ed., Torino, 2013, p. 357, per l'osservazione che ulteriori indici della instabilità dell'attribuzione patrimoniale realizzata con la donazione sono rappresentati da quelle norme che comportano per il donatario il rischio di perdere o di vedersi ridotto il valore della attribuzione ricevuta per effetto di obblighi specifici che possono insorgere a suo carico e che vengono a trovare giustificazione a causa di quella liberalità. L'a. richiama, per esempio, gli artt. 437 (in tema di obbligo alimentare del donatario), 555 (in tema di

altri congegni contrattuali più noti (si pensi, per esemplificare, all'istituto della ratifica, ovvero a quello del contratto per persona da nominare o a favore di terzi cui accede la clausola di riserva), è suscettibile di stabilizzarsi e di consolidarsi *in itinere*, come di essere cancellato dall'ordinamento. Si tratta dunque di riguardare il contratto di donazione, in ultima analisi, attraverso il prisma delle vicende: il che troppo a lungo è stato negato.

Rimane da inquadrare la qualificazione giuridica dello strumento negoziale unilaterale atto a governare le sopravvenienze meritevoli di tutela nella donazione.

Tale strumento, come si è già visto, può essere individuato direttamente nel recesso attribuibile al donante (art. 1373 c.c.)[54]. Ma, ove una simile scelta sia ritenuta in frizione con il principio che vieta il recesso in caso di contratto già eseguito e con il principio di retroattività dell'effetto estintivo (riferibile propriamente alla sola revoca e non anche al recesso)[55], la strada da percorrere potrebbe essere diversa: essa andrà rintracciata in un rimedio di tipo potestativo e sostanziale (con effetti retroattivi) esercitabile da parte del donante, idoneo a governare la sopravvenienza e pertanto ad attuare una rivalutazione degli interessi in gioco. Tale rimedio consolida, a ben vedere, il sistema dei c.dd. atti unilaterali di risoluzione del negozio nel nostro ordinamento[56].

Esso assume evidentemente natura risolutoria con immanente

azione di riduzione), 737 ss. c.c. (in tema di collazione).

[54] *Retro*, par. 5.

[55] Così la dottrina prevalente (W. D'Avanzo, voce *Recesso*, in *Nss. D.I.*, XIV, Torino, 1967, p. 1028 e D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXIII, Milano, 1971, p. 1079), anche se non mancano voci discordanti, secondo le quali occorrerebbe attribuire effetto retroattivo anche al recesso, perché solo la retroattività dello scioglimento del vincolo soddisferebbe in maniera compiuta le esigenze della parte cui il potere è attribuito (G. Gabrielli e F. Padovini, voce *Recesso*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 39).

[56] L'idea è peraltro già adombrata in D. Rubino, *Recesso e scioglimento retroattivo per dichiarazione unilaterale di volontà*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, III, p. 247. Per un'articolata sistematizzazione della categoria evocata nel testo v., recentemente, lo studio di M. Paladini, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, p. 41 ss. (ed *ivi*, a p. 153 ss., i richiami comparatistici agli antecedenti individuati nell'art. 1184 *cod. civ. fr.*, alla risoluzione per recesso nell'ordinamento tedesco dopo la *Modernisierung*, alla *declaration of avoidance* nella Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili, al *right to terminate the contract* nella *CESL*). Il tema è ripreso di recente anche da S. Pagliantini, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutori*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 86 ss. (e in *Oss. dir. civ.*, 2016, p. 9 ss.), specie per la sottolineatura, per quanto qui rileva, degli intimi nessi che, nell'attuale scenario delle Corti, connotano la risoluzione per inadempimento essenziale e il recesso per giustificato motivo.

considerazione dell'interesse del donante. E, d'altronde, lo stesso potere di revoca in altri contratti - si pensi all'ipotesi del mandato e dell'appalto - è da taluni ricondotto ad un potere automatico di risoluzione[57]. A contenere la discrezionalità della risoluzione unilaterale, nel caso che ci occupa, è poi la stessa clausola di riserva inserita *ex ante* nel contratto[58].

Il potere negoziale di risoluzione unilaterale del donante, da inquadrare nell'àmbito del negozio di secondo grado[59], ovvero della più recente categoria dei negozi sull'effetto giuridico[60], si accompagna dunque, nel caso della donazione, all'ipotesi di fonte legale della dichiarazione di revocazione della donazione (integrata dall'intervento del giudice). La donazione in definitiva, tramontato il dogma classico *donner et retenir ne vaut*, viene pertanto ad inscriversi in un più ampio sistema di scioglimento dell'atto liberale, che non necessariamente deve passare attraverso l'opzione del mutuo dissenso, ovvero attraverso l'istituto legale della revocazione (in relazione al quale pure la dottrina più recente ha posto in luce l'opportunità di un bilanciamento degli interessi del donante e del donatario)[61], ma che

[57] M. Paladini, *L'atto unilaterale di risoluzione*, cit., p. 138 ss.

[58] Simile riflessione è condotta anche dalla dottrina francese: v. C. Salinière, *La réversibilité des donations*, cit., p. 22, ove il rilevo che «la réversibilité est un aménagement juridique ab initio de l'acte qui la constate» (l'a. richiama sul punto, altresì, A. Gobin, *Propos sur la réversibilité juridique*, in *Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 1995, éd. G.I.1119, nn° 5 et 6).

[59] E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 243 s. e 291, secondo il quale il negozio concluso, o il rapporto giuridico da esso creato, può a sua volta formare oggetto di svariati negozi, i quali rientrano nella categoria dei c.dd. negozi di secondo grado, che comprende tutti i negozi diretti a regolare in qualsiasi senso (confermare, interpretare, risolvere, assorbire, ecc.) negozi giuridici in precedenza conclusi fra le parti stesse e ciò con la loro integrazione o con la sovrapposizione di altri negozi modificativi della situazione giuridica preesistente.

[60] Richiama le appena ricordate concettualizzazioni bettiane lo studio di A. Doria, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, pp. 8 ss. e 16 ss., ove si identifica una categoria negoziale caratterizzata dal dato strutturale della preesistenza di una situazione giuridica soggettiva, di un determinato effetto giuridico, verso cui si indirizza l'attività negoziale e su cui essa attività è vólta, in via immediata, a operare e incidere. Questi negozi possono essere definiti come atti negoziali ad efficacia finale, cioè produttivi di quel tipo di efficacia negoziale che soddisfa di per sé e immediatamente l'intento negoziale e, quindi, anche l'interesse.

[61] In tale prospettiva di indagine milita l'analisi di R. Marini, *Revocazioni delle donazioni e tutela del donante*, Napoli, 2010, spec. p. 158 s., il quale conclusivamente afferma che la revocazione rappresenta, anche nel nome, un retaggio della storica revocabilità della donazione, che, tuttavia, mal si concilia con l'attuale contrattualità della stessa e con la definitività dell'acquisto liberale. Da qui l'esigenza, se non di una eliminazione, di una radicale riflessione incentrata su un bilanciamento dell'interesse del donante con quello del donatario. Già A. Torrente, *La donazione*, cit., p. 708 s., poneva attenzione sulle

si colora ed arricchisce anche della possibilità di un rimedio risolutorio di fonte negoziale compendiato nella riserva di disporre. Applicabile a quest'ultimo rimedio saranno le norme sugli atti unilaterali recettizi (art. 1324 c.c.)[62], sugli elementi accidentali del negozio[63], sulla libertà delle forme[64], sulla trascrizione[65].

7. *La disciplina della riserva di disporre nel contesto della sua negozialità. Il paradigma ex art. 790 c.c. applicato alle c.dd. donazioni indirette, alle donazioni di quote o azioni, al contratto di affidamento fiduciario*

Da quanto concettualizzato, sia pure sommariamente nel contesto della presente analisi, discendono taluni corollari di rilievo sul piano sistematico, metodologico e ricostruttivo.

sopravvenienze nel contratto di donazione e ammoniva, invero, che anche la revocazione è rinunciabile dopo il verificarsi del fatto tipizzato dalla legge, al fine di conservare l'efficienza della donazione. La legge attribuirebbe dunque al donante il potere di rivalutare la donazione al lume della situazione sopravvenuta. Riconduce, peraltro, la stessa revocazione al sistema degli atti unilaterali di risoluzione M. Paladini, *L'atto unilaterale di risoluzione*, cit., p. 147 s. (sul punto l'a. richiama la posizione di L. Gardani Contursi-Lisi, *Delle donazioni*, cit., p. 468), il quale conclude che, proprio in ragione della centralità della figura del donante, a cui viene consentito di rivalutare - in ipotesi tassativamente elencate dal legislatore e che sostanziano la violazione del dovere di non commettere atti di ingratitudine - l'atto liberale compiuto, la sentenza del giudice può ben essere dichiarativa e non costitutiva, posto che il giudicante dovrebbe limitarsi a verificare la sussistenza di una delle cause di revocazione previste dal legislatore.

[62] A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 526. Inoltre, per una specifica disamina della disciplina applicabile all'atto unilaterale di risoluzione proposto nel testo, v. M. Paladini, *L'atto unilaterale di risoluzione*, cit., p. 201 ss. (spec. p. 204 per l'applicazione dell'art. 1324 c.c.).

[63] A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 526.

[64] A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 527 s.

[65] In linea con quanto disposto in tema di vendita di immobili *ex* art. 1500 c.c., dunque richiamando l'art. 2653, comma 1, n. 3, c.c., ritiene applicabile anche l'istituto della trascrizione alla fattispecie in esame, A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 529 ss., il quale, a p. 531, nt. 2873, sottolinea altresì che qualora l'acquisto dell'avente causa dal donatario dovesse risultare opponibile al donante, che ha esercitato nei termini la facoltà di riserva ma non ha nei termini provveduto alla relativa a pubblicità, si potrà fare riferimento nei rapporti tra quest'ultimo e il donatario all'art. 2038 c.c. Per U. Morello, *La donazione con riserva di disporre*, cit., p. 378, se si tratta di donazione di beni immobili, essa sarà trascritta con la menzione della facoltà di disporre (arg. *ex* art. 2659 c.c.) e, se il donante rinuncia a tale facoltà, si annoterà il relativo atto *ex* art. 2668 c.c.

Il primo attiene all'àmbito di applicazione della norma, in particolare all'oggetto della riserva che, superato il dogma della irrevocabilità della donazione, può ritenersi ricomprendere tutti i beni oggetto di donazione, ovvero la somma pari all'intero valore degli stessi beni, e ciò per le stesse ragioni che giustificano la riserva parziale[66]. Sul punto l'irragionevolezza sopravvenuta del principio di irrevocabilità della donazione, ove ci si confronti con l'attuale sistema normativo e con la nuova fisionomia dell'atto donativo, lascia propendere per un'interpretazione (parzialmente) abrogante dell'art. 790 c.c. nella parte in cui detta norma legittima la sola riserva parziale e non anche quella totale[67].

La riserva di disporre, che deve essere opportunamente distinta dal *modus* apposto alla donazione pura[68] ed ha carattere strettamente personale[69], rinunciabile[70], non trasmissibile e non suscettibile di surrogazione[71], sarà del pari, nei limiti della determinabilità dell'oggetto del contratto (art. 1346 c.c.)[72], compatibile con la riserva di usufrutto[73], in quanto andrà conformata

[66] A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 524 s.; già, in senso ampliativo, A. Torrente, *La donazione*, cit., p. 564 ss.; limitatamente al caso in cui oggetto della donazione sia un singolo bene G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 916 ss.; C. Cera, M. Polizzano, *La donazione con riserva*, cit., p. 1204; A. Zoppini, *La donazione «ha forza di legge tra le parti»*, cit., p. 232; D. Feola, *Donazione e clausola di restituzione del bene donato*, in *Contratti*, 1996, p. 92; U. Morello, *La donazione con riserva di disporre*, cit., p. 377. In senso contrario v., invece, B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 855; A. Cataudella, *Successioni e donazioni. La donazione*, cit., p. 115; U. Carnevali, *Le donazioni*, cit., p. 535, spec. nt. 54.

[67] Il che risponde alla massima *cessante ratione legis cessat et ipsa lex*: v., in argomento, E. Betti, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Ius*, 1959, p. 197 ss.; P. Perlingieri, Ratio iuris *e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in *Corti march.*, 2005, pp. 4, 13; G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, spec. p. 66 ss. Da ultimo, F. Longobucco, *Limitazione del risarcimento nel trasporto ferroviario tra «anacronismo legislativo» e «interpretazione c.d. abrogante»*, in *Riv. dir. trasp.*, 2007, p. 92 ss.

[68] Distingue opportunamente le due figure A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 522; già B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 863 s. Ma v., *contra*, G. Balbi, *La donazione*, cit., p. 57; U. Carnevali, *Le donazioni*, cit., p. 535 s.; A. Cataudella, *Successioni e donazioni*, cit., p. 115.

[69] A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 523.

[70] U. Morello, *La donazione con riserva di disporre*, cit., p. 379.

[71] B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 865; U. Carnevali, *Le donazioni*, cit., p. 536. È ammessa l'azione revocatoria da parte dei creditori del donante ove ne ricorrano i presupposti di legge: da ultimo, U. Morello, *La donazione con riserva di disporre*, cit., p. 378.

[72] A. Torrente, *La donazione*, cit., p. 564 ss.; F.S. Azzariti, G. Martines, G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 825, per il rilievo che l'oggetto della riserva deve essere determinabile «come per l'oggetto di una convenzione in genere».

[73] In tal senso C. Cera, M. Polizzano, *La donazione con riserva*, cit., p. 1204 s.

sulla base degli interessi delle parti, potrà essere subordinata al verificarsi di circostanze specifiche, ovvero assoggettata ad un termine rispettoso di quello legale[74]. In assenza di previsioni sul punto, il donante potrà inoltre disporre, anche a mezzo di atti successivi[75], per atto sia tra vivi sia *mortis causa*, a titolo sia oneroso sia gratuito, alienando il bene o costituendo sullo stesso diritti reali di godimento o di garanzia, senza escludere che le parti potrebbero limitare la facoltà del donante a determinati atti di disposizione. Non si giustifica, ancóra, la limitazione dell'esercizio della riserva a favore dei soli terzi, sull'assunto del carattere ontologicamente etero-personale del fenomeno traslativo[76], ben potendo invece la riserva sottendere il diritto del donante di riappropriarsi del bene[77].

Un secondo ordine di problemi attiene alla esportabilità dello schema negoziale esaminato in contesti diversi dalla donazione *stricto sensu*. L'art. 790 c.c. è infatti suscettibile di trovare applicazione anche in ipotesi propriamente differenti dal contratto di donazione tipico, ovvero anche a quello delle c.dd. donazioni indirette. Si pensi, per esempio, al caso del padre che acquista da terzi un immobile sottoscrivendo un contratto preliminare per persona da nominare; nomina poi il figlio come destinatario del contratto e interviene nel contratto definitivo per pagare il prezzo, confermando la nomina del figlio come beneficiario del contratto, ma riservandosi la facoltà di disporre del bene nel quadro della donazione indiretta così intervenuta; il figlio interviene e accetta[78].

Lo schema della donazione con riserva di disporre è stato poi applicato dalla dottrina tedesca anche alla fattispecie di donazione di partecipazioni sociali (azioni o quote)[79], sebbene nel nostro ordinamento ciò potrebbe

[74] A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 523 s., che richiama, sul punto, A. Torrente, *La donazione*, cit., p. 564 ss.

[75] A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 526. Secondo U. Morello, *La donazione con riserva di disporre*, cit., p. 379, tale facoltà dovrebbe essere espressamente prevista. *Contra*, nel senso di sostanziale inammissibilità, A. Natale, *La riserva di disporre di cose determinate*, cit., p. 327 ss.

[76] Così, invece, A. Palazzo, *I contratti di donazione*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2009, p. 199, ed *ivi* l'osservazione che «l'esigenza di preservare il principio di irrevocabilità della donazione […] induce ad escludere la natura di atto autodispositivo della riserva, determinante la riappropriazione del bene da parte del disponente».

[77] A.A. Carrabba, *Donazioni*, cit., p. 526; già B. Biondi, *Le donazioni*, cit., p. 867. Da ultimi, altresì, A. Zoppini, *La donazione «ha forza di legge tra le parti»*, cit., p. 232, sulla base di una rinnovata riduzione teleologica nell'interpretazione dell'art. 790 c.c.; U. Morello, *La donazione con riserva di disporre*, cit., p. 376.

[78] L'esempio è tratto da U. Morello, *La donazione con riserva di disporre*, cit., p. 379.

[79] In senso ammissivo v. J. Bremel, *Die Schenkung von Gesellschaftsanteilen*, *Diss.*, Köln 1993, spec. p. 230 ss.; criticamente, invece, K. Heinemann, *Gesellschafter am seidenen*

incontrare frizioni con il disposto imperativo *ex* art. 2437 *ter* c.c., che richiede in ogni caso a favore del socio il pagamento del valore determinato ai sensi della disciplina del recesso. In realtà il problema prospettato non si pone poiché la norma appena richiamata pertiene propriamente alla liquidazione della partecipazione sociale nella prospettiva di tutelarne il valore di investimento e dunque non esplica i suoi effetti allorquando l'attribuzione originaria avvenga a titolo gratuito (a prescindere dal sopravvenuto recesso *ex tunc* dalla donazione)[80].

Si pensi ancóra, spostandosi alla delicata materia del *trust* e delle figure affini, all'ipotesi, recentemente normata (l. 22 giugno 2016, n. 112), del contratto di affidamento fiduciario che, secondo il recente pensiero di un autore[81], mutuerebbe la propria causa direttamente da quella della fattispecie legale della donazione con riserva di disporre e potrebbe supplire alla lacunosa disciplina di questa stessa fattispecie, rendendo così fruibile una tipologia negoziale che la prassi ha sostanzialmente ignorato proprio a causa di tali lacune. In tale prospettiva, le ragioni del regolamento negoziale proposto dall'autore in esame, che trovano la propria esplicazione nel programma dell'affidamento, inducono gli affidanti titolari di un patrimonio immobiliare e mobiliare a trasmetterlo ai propri discendenti a titolo di donazione, ma riservandosi la facoltà di disporre di alcune fra le cose donate ovvero di determinate somme qualora negli anni a venire se ne manifesti l'opportunità.

8. *La regola* donner et retenir ne vaut *non è principio di ordine pubblico: ricadute applicative sul piano del diritto internazionale privato con particolare riguardo al riconoscimento del c.d. del trust (esterno)*

Per altro verso, il tramonto dello pseudo-principio *donner et retenir ne vaut* finisce per assumere incidenza sullo stesso riconoscimento nel nostro Stato di fattispecie contrattuali connotate da elementi di estraneità. *Donner et retenir ne vaut* non è infatti principio di ordine pubblico. Destano allora,

Faden? Zur freien Widerruflichkeit von Schenkungsverträgen über Gesellschaftsbeteiligungen, in *Zeitschrift für das gesamte Handels-und Wirtschaftsrecht*, 1991, 145, p. 447 ss., spec. p. 449 ss., con riguardo alla riserva.

[80] Solleva il dubbio del conflitto, per poi superarlo, lo stesso A. Zoppini, *La donazione «ha forza di legge tra le parti»*, cit., p. 231.

[81] M. Lupoi, *Donazione con riserva di disporre. Modello di contratto di affidamento fiduciario*, in *Vita not.*, 2016, p. 1171 ss.

su tale fronte, talune perplessità gli esiti raggiunti dalla giurisprudenza di merito, la quale, in tema di *trust* esterno, ha stabilito, per esempio, che l'attribuzione ai disponenti di un ampio potere di ingerenza - ed è tale il riconoscimento ai medesimi della facoltà di modificare *ad libitum* l'atto istitutivo del *trust* sino al punto di cambiare anche la finalità o di escludere dei beneficiari - porti lo strumento fuori del perimetro della Convenzione dell'Aja, poiché essa prevede che, affinché un *trust* possa essere riconosciuto, i beni devono essere «posti sotto il controllo del *trustee*» (art. 2 Conv.) o lo fa sospettare di simulazione (*sham*), con conseguente sua irriconoscibilità. In sintesi, l'atto istitutivo sarebbe privo di effetti posto che un *trust* riconoscibile nell'ordinamento italiano non può soggiacere integralmente al volere dei disponenti, pena la violazione del principio *donner et retenir ne vaut*, non potendo il conferimento di determinati beni consentire al conferente di disporne in futuro a proprio piacimento[82]. Ma un tale approdo interpretativo, ove si metta seriamente in discussione, come si è cercato di dimostrare, la persistente attualità e ragionevolezza del principio *donner et retenir ne vaut*[83], attraverso una più ampia valorizzazione del programma negoziale nel quale si concretano gli interessi attuali e meritevoli delle parti, è destinato a dover essere inevitabilmente rivisitato.

[82] Cfr. Trib. Reggio Emilia, 8 ottobre 2014, giud. Fanticini, reperibile sul sito internet *www.ilcaso.it*.

[83] D'altronde, a séguito della modifica introdotta nella *Trusts (Jersey Law)* 1984, nel 2006, il principio *donner et retenir ne vaut* non trova più applicazione. Infatti, secondo l'art. 9, comma 5, «*the rule donner et retenir ne vaut shall not apply to any question concerning the validity, effect or administration of a trust, or a transfer or other disposition of property to a trust*» («la regola *donner et retenir ne vaut* non deve essere applicata ad una qualsiasi questione che riguardi la validità, l'efficacia o la gestione di un *trust*, oppure la devoluzione od altra disposizione di beni ad un *trust*»: trad. it. di F. Pighi, in Aa.Vv., *La legge di Jersey sul* trust, Milano, 2007, *passim*).

Valerio Brizzolari - Chiara Cersosimo

Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"

Sommario: 1. Una variante del modello tradizionale: dallo scambio istantaneo (e isolato) al rapporto di durata – 2. La rilevanza del fattore temporale nel contratto – 3. *segue:* e della "relazione" fra i contraenti: la rilevanza socio-economica dei c.d. *relational contracts* – 4. Attività d'impresa e poteri privati: l'abuso della "forza" contrattuale e i "limiti" all'autonomia privata – 5. *segue:* Il "potere" contrattuale limitato dal legislatore: il caso dell'abuso di dipendenza economica – 6. *segue:* Il "potere" contrattuale limitato dalla giurisprudenza: il caso (Renault) del recesso *ad nutum* controllato dal giudice – 7. *segue:* La distribuzione del "potere" nell'organizzazione (contrattuale) della rete di imprese – 8. L'adeguamento e la rinegoziazione del contratto in presenza di sopravvenienze – 9. Conclusioni.

1. *Una variante del modello tradizionale: dallo scambio istantaneo (e isolato) al rapporto di durata*

Fra le tante definizioni dell'autonomia negoziale è possibile muovere da quella riconducibile al fenomeno sociale, non puramente psicologico, attraverso il quale i privati si danno delle regole proprie e con esse costituiscono un "ordinamento autonomo" diretto a disciplinare le loro relazioni economico-sociali[1].

Se all'interno del vasto mondo dell'autonomia privata consideriamo il contratto, quale sua manifestazione più emblematica, è difficilmente controvertibile la considerazione secondo la quale l'idea di contratto sottesa alla parte generale della sua disciplina, espressa dal nostro codice civile, così come quella che fa capo alla teoria generale degli atti negoziali, ruota intorno al concetto di scambio istantaneo a prestazioni corrispettive. La volontà dei contraenti, in sede di stipulazione, acquista rilevanza centrale e assorbente:

[1] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 2; R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008, p. 91.

le parti stabiliscono a monte, in maniera tendenzialmente completa, il regolamento dei loro interessi, per cui, laddove il contratto si rileva incapace di soddisfare la volontà espressa al momento della sua conclusione, il rimedio offerto dal codice è la risoluzione.

Tale ricostruzione teorica adotta come suo prototipo il contratto di compravendita, espressione dell'"affare" secondo l'*id quod plerumque accidit*, punto in cui si incontrano la domanda e l'offerta di mercato[2]. Non vi è spazio, quindi, per il mantenimento in vita della relazione negoziale, ove il contratto si riveli incapace di realizzare il programma originariamente concordato. Questa elaborazione riflette la concezione del negozio giuridico tradizionalmente utilizzato nello studio dei rapporti patrimoniali tra privati. Lo scopo dello scambio è il trasferimento di ricchezza, lo strumento per realizzarlo il contratto ad effetti reali[3].

Il mercato in cui si svolge lo scambio istantaneo è tipicamente quello dei beni, all'interno del quale i contraenti s'impegnano ad acquistare o a cedere la proprietà di una cosa certa e determinata.

Con riferimento ai rapporti tra imprese, il modello dello scambio istantaneo individua unicamente le operazioni commerciali occasionali tra operatori autonomi di mercato, rispetto alle quali la gestione delle sopravvenienze, al fine del mantenimento in vita del contratto, acquista rilevanza soltanto quando le parti stesse si siano preoccupate *ex ante* di individuare, con sufficiente precisione, le regole di gestione del rischio. Il contratto a prestazioni corrispettive ed esecuzione istantanea non appare, tuttavia, idoneo a valorizzare in modo totalizzante la negoziazione e le modalità di svolgimento degli affari tra imprenditori commerciali.

Tra gli operatori di un determinato settore economico, infatti, si instaurano frequentemente relazioni sociali, prima ancora che giuridiche. Tali relazioni si formalizzano nei contratti non solo, e non tanto, per dar vita ad uno scambio episodico, ma soprattutto per predisporre un modello organizzativo. Il contratto diventa la sede in cui si dà veste esteriore alla collaborazione tra operatori economici. I contraenti non sono operatori autonomi che negoziano occasionalmente, ma soggetti legati da vincoli stabili e ben radicati, in dipendenza economica l'uno dall'altro[4]. Il mercato

[2] F. Macario, voce *Vendita. 1) Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994; G. D'Amico, *La disciplina della vendita come "tipo generale" (elogio della differenziazione)*, in F. Macario, M.N. Miletti (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazione storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, p. 429.

[3] F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 57.

[4] G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo*

di riferimento è quello del commercio integrato e lo strumento negoziale "tipico" è quello dei contratti distribuzione[5].

La struttura del contratto traslativo, pertanto, è idonea a raffigurare solo una parte delle transazioni del mercato. La logica dello scambio istantaneo presuppone che le parti abbiano interessi contrapposti e utilizzino il contratto come strumento di composizione e regolamentazione dei lori interessi. Tuttavia, laddove sia individuabile una relazione stabile tra imprese, queste potrebbero voler perseguire uno scopo comune e usare il contratto come strumento di pianificazione della propria attività economica. La logica del puro scambio pare cedere il posto a quella associativa: il contratto non appare più solamente un veicolo di massimizzazione dell'utilità del singolo operatore, ma uno strumento per raggiungere il risultato economico comune a più contraenti.

I rapporti contrattuali tra imprese testimoniano il tramonto della società in cui i soggetti economici si obbligano reciprocamente secondo le regole proprie di etica individuale e denotano l'affermazione della cooperazione per scopi condivisi[6]. Data la collaborazione itinerante tra le imprese contraenti, una volta concluso il contratto associativo, non sarà più possibile scindere l'atto negoziale dall'attività che ne costituisce l'esecuzione, in quanto, per sua natura, destinato ad esplicare effetti per tutto il tempo di durata della "relazione sociale"[7].

L'affermazione della validità giuridica dei contratti a lungo termine è un'acquisizione piuttosto recente, specchio di un'evoluzione sociale, e poi giuridica, comune a diversi ordinamenti[8].

Ove sia necessario ripetere nel tempo, per esigenze imprenditoriali, la stessa operazione commerciale, non è agevole concludere tanti contratti quanti sono i casi in cui è necessaria quella prestazione, ma piuttosto addivenire ad un unico "affare", suscettibile di subire variazioni per quanto concerne l'entità del dovuto e le modalità di adempimento.

Completato il processo di industrializzazione, tra fine Ottocento e inizio Novecento, gli ordinamenti giuridici prendono atto di tali esigenze imprenditoriali, esigenze che avrebbero potuto essere soddisfatte soltanto

contratto, Bologna, 2009, p. 10.

[5] G. Santini, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, p. 117 ss.; R. Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, *passim*.

[6] F. Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M.,1974, trad. it., *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983, p. 37.

[7] P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 2001, p. 322.

[8] R. Zingarelli, voce *Somministrazione (Contratto di)*, in *D.I.*, XXII, I, Torino, 1899, p. 22 ss.

attraverso programmi negoziali a lungo termine, caratterizzati dalla flessibilità del regolamento d'interessi. Ne consegue il superamento della prevalenza della causa di scambio su quella di durata e, quindi, il riconoscimento della validità delle prestazioni ripetute nel tempo, rispetto alle quali è meno visibile, almeno in via immediata, il nesso tra una prestazione e l'altra[9].

Con riferimento specifico all'Italia, il superamento della visione atomistica dello scambio e il progressivo riconoscimento delle specificità dei contratti di durata può individuarsi nel periodo compreso tra l'entrata in vigore del codice del commercio del 1882 e quella del codice unificato del 1942. Il mutamento della sensibilità giuridica è rappresentato emblematicamente dal contratto di somministrazione, che, distinguendosi dalla compravendita, diventa il modello negoziale tipico dei contratti d'impresa, a carattere continuativo e duraturo, utilizzabile nel mercato delle materie prime, quanto in quello della distribuzione finale[10].

Il nucleo centrale del contratto di somministrazione era individuabile nella ripetizione delle prestazioni determinate in sede di stipulazione. In tale prospettiva, però, al contratto di durata non si conferiva ancora una propria autonoma rilevanza, poiché l'elemento temporale appariva solo come una modalità di adempimento delle prestazioni scambiate. Il contratto di somministrazione rientrava, nella classificazione del codice del commercio del 1882, nei c.d. atti obbiettivi di commercio e ricorreva solo laddove l'imprenditore avesse assunto la somministrazione[11]. Si guardava, pertanto, non alle peculiarità giuridiche del tipo negoziale, ma all'elemento empirico della reiterata fornitura da parte dell'impresa. Sembrava muoversi nuovamente intorno all'idea dello scambio, o meglio di tanti scambi ripetuti nel corso del rapporto contrattuale.

Siffatta impostazione era stata, del resto, resa esplicita in ambito europeo dal § 984 dell'*Allgemeines Landrecht* prussiano (ALR) del 1794, secondo il quale ad ogni prestazione effettuata in esecuzione del contratto di somministrazione era applicata la disciplina della vendita[12].

Con l'entrata in vigore del codice del 1942, la somministrazione è stata "autonomizzata" dalla compravendita, qualificata normativamente quale

[9] M. Granieri, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 90 ss.
[10] P. Boero, *La somministrazione*, in G. Cottino (a cura di), *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm. Galgano*, XVI, Padova, 1991, p. 237 ss.; R. Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, cit., p. 237 ss.
[11] Art. 3, n. 6, c. comm. 1882: "La legge reputa atti di commercio: […] Le imprese di somministrazioni".
[12] R. Mossa, *Il contratto di somministrazione*, Cagliari, 1914, p. 17.

fattispecie contrattuale con causa di durata, e non di scambio, avente ad oggetto obbligazioni ad esecuzione continuata o periodica (art. 1559 c.c.)[13].

La durata è indice delle necessità del somministrato, il cui bisogno influenza l'organizzazione della produzione e rende necessaria la ripetizione o la continuazione delle prestazioni. L'interesse duraturo per la prestazione della controparte ai fini del soddisfacimento di un bisogno durevole è elevato a causa autonoma della somministrazione, la quale si presta a divenire il prototipo di contratto di durata. Il *discrimen* tra la vendita a consegne ripartite e la somministrazione sta proprio nell'unicità della prestazione, la cui esecuzione viene frazionata a fronte dell'autonomia delle prestazioni oggetto del contratto di somministrazione che, seppur connesse, vengono eseguite ad intervalli periodici[14].

Attraverso il contratto di somministrazione, quindi, il tempo entra nella struttura del contratto come elemento funzionale e carattere distintivo. La ripetitività delle prestazioni oggetto di contratto evidenza l'importanza relazionale nella fattispecie. Data la rilevanza del rapporto per l'attività svolta dalle imprese contraenti, il legislatore ha opportunamente previsto che l'inadempimento di una sola delle prestazioni è causa di risoluzione del contratto solo se di notevole importanza e tale da menomare il rapporto fiduciario tra le parti (art. 1564 c.c.). La natura commerciale del vincolo negoziale, destinato a protrarsi per un periodo di tempo, implica che la determinazione delle prestazioni corrispettive non può che essere approssimativa, divenendo cogente solo nel corso della relazione, man mano che i bisogni vengono identificati e quantificati dalle parti contraenti.

La validità del contratto di durata, quindi, prescinde dall'esatta individuazione dell'entità delle prestazioni al momento di conclusione del contratto e, pertanto, dal requisito della determinatezza assoluta dell'oggetto contrattuale[15]. Se nello scambio istantaneo, espresso tipicamente dalla compravendita, è agevole individuare le prestazioni oggetto del contratto medesimo e il momento della loro esecuzione, nei rapporti tra imprese, le parti, spesso, non sono in grado di determinare *a priori* l'entità delle prestazioni a cui saranno tenute nel corso del rapporto. Può accadere che il fabbisogno delle imprese muti, cosicché l'unità di misura che scandisce l'utilità dei contraenti all'interno della relazione negoziale si individua nel tempo.

[13] M. Granieri, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, cit., p. 108.
[14] Cass., 30 marzo 1951, in *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Somministrazione*, n. 2; Trib. Napoli, 16 luglio 1968, in *Riv. giur. idrocarburi*, 1968, p. 376.
[15] M. Granieri, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, cit., p. 114.

I contratti di durata e la loro utilizzazione preminente nell'ambito delle attività commerciali comportano particolari problematiche con riferimento alle sopravvenienze, le quali incidono sull'equilibrio contrattuale, a svantaggio di una o di entrambe le parti. Il rimedio della risoluzione non appare idoneo a tutelare l'interesse dei contraenti al mantenimento del rapporto, ritenuto vitale per l'esercizio della loro attività imprenditoriale. Lo strumento della rescissione è parimenti inidoneo a soddisfare tale esigenza, in quanto presuppone una sproporzione originaria, ossia a monte del sinallagma, che si suole etichettare come vizio genetico.

I contratti di durata, in sostanza, impongono la gestione del rischio di squilibrio in corso d'opera, attraverso il ricorso a rimedi diversi rispetto a quelli tradizionali, individuati nel codice civile. In tale contesto, si inserisce l'intervento del nostro legislatore in materia di subfornitura (l. 192/1998), il quale ha introdotto, come strumento di garanzia dell'equilibrio contrattuale, il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese (art. 9), previsione normativa elevata negli ultimi anni dalla giurisprudenza a vera e propria clausola generale dei rapporti *business to business*[16].

Nella disciplina dei contratti oggi appaiono, quindi, individuabili tre diversi regimi normativi, a seconda che il modello negoziale di riferimento sia qualificabile come contratto di adesione, contratto di consumo o contratto discrezionale[17]. Suddetta tripartizione è evidente nei codici che hanno, di recente, proceduto all'unificazione del diritto privato e commerciale (ad esempio il codice civile brasiliano del 2003 e il codice civile e commerciale argentino del 2015), accorpando nella medesima sede disposizioni dirette a disciplinare rapporti contrattuali caratteristici del mondo degli affari e

[16] V. per tutti F. Macario, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 509 ss. Sul punto *amplius infra* par. 5. In giurisprudenza, invece, si segnalano Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85, con nota di R. Pardolesi, Cass., 15 febbraio 2007, n. 3462, in *Dir. trasp.*, 2007, p. 871; Trib. Trieste, 21 settembre 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3513, con nota di A. Palmieri; Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. mer.*, 2006, p. 2149, con nota di L. Delli Priscoli; Trib. Trieste, 20 settembre 2006, in *Corr. mer.*, 2007, p. 178, con nota di E. Battelli; Trib. Torre Annunziata-Castellammare di Stabia, 30 marzo 2007, in *Giur. mer.*, 2008, p. 341; Trib. Vercelli, 14 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3344; App. Milano, 15 luglio 2015, in *Giur. it.*, 2015, p. 2665; Trib. Massa, 26 febbraio 2014 e (con conferma, in sede di reclamo) 15 maggio 2014, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2015, I, p. 218; Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Giur. mer.*, 2008, 9, p. 2248; Trib. Catania, 5 gennaio 2004, in *Danno e resp.*, 2004, p. 424, con nota di A. Palmieri; Trib. Roma, 5 novembre 2003, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, p. 1, con nota di Ph. Fabbio.

[17] A. Parise, *The Argentinian Civil and Commercial Code (2015): Igniting Third Generation of Codes in Latin America*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2017, p. 639.

disposizioni volte a regolare rapporti estranei alle logiche d'impresa[18].

Gli schemi contrattuali *business to business* tipizzati dai codici civili di c.d. terza generazione non sono altro che i modelli contrattuali sviluppatisi, sotto la vigenza dei codici ottocenteschi, nel processo di c.d. decodificazione e costituiscono le risultanze della prassi e delle consuetudini mercantili, delle leggi speciali statali quanto delle convenzioni internazionali (Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG) del 1980; Principi dell'UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali) e dei progetti transnazionali di unificazione del diritto dei contratti (*Principles of European Contract Law*; *McGregor Contract code*; *Draft Common Frame of Reference*)[19]. Proprio la rilevanza degli schemi negoziali a lunga durata nella regolamentazione dei rapporti economici ha giustificato l'allontanamento dei codici di ultimissima generazione dal modello contrattuale "classico"[20]. In particolare, il codice civile e del commercio argentino, entrato in vigore il primo agosto 2015, ha dedicato l'art. 1101 ai contratti di lunga durata, prevedendo che "en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respectando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos".

Il legislatore argentino, prendendo atto che i rapporti contrattuali duraturi nel tempo necessitano spesso la rideterminazione del loro contenuto, in ragione dei cambiamenti tecnologici e dell'andamento variabile dei prezzi, ha codificato sia l'obbligo di rinegoziare, che il divieto di esercizio abusivo del diritto. In particolare, si è cercato di offrire tutela a tutte quelle relazioni contrattuali che implicano degli investimenti per le parti contraenti, i quali possono essere ammortizzati solo dopo che sia trascorso un certo periodo di tempo.

[18] M. Boretto, *Los llamados "contratos de distribución" en el Código civil y comercial*, in *La Ley*, 6 novembre 2014, p. 1.

[19] D. Corapi, *L'unificazione del codice di commercio e del codice civile in Brasile*, in A. Calderale (a cura di), *Il nuovo codice civile brasiliano*, Milano, 2003, p. 3 ss.; B. Scotti, M. Brodsky, *Los clásicos problemas del Derecho Internacional Privado relativos al Derecho aplicable en el nuevo Código Civil y Comercial*, in *En Letra*, 2014, 1, p. 79, spec. p. 83; J.M. Gastaldi, *Los contratos en general*, in J.C. Rivera, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, 2012, p. 524.

[20] Sul nuovo codice brasiliano v. A.P. Monteiro, *Erro e teoria da imprevisão*, in A. Calderale (a cura di), *Il nuovo codice brasiliano*, cit., p. 66 ss.

L'obbligo di rinegoziare e, quindi, di mantenere fermo il contratto, seppur rivisitandone il contenuto, si pone in alternativa al recesso unilaterale del contraente svantaggiato (*rescisión*) e ha lo scopo di ripristinare l'equilibrio del sinallagma, in caso di sopravvenuta sproporzione, nel rispetto della buona fede e senza che la parte contrattuale "forte" abusi della sua posizione dominante[21]. É evidente l'allontanamento dall'idea ottocentesca di contratto, inteso quale "ley misma para las partes"[22], e l'approdo ad una visione flessibile dell'"affare". Flessibilità specchio del dinamismo dei rapporti commerciali, il cui contenuto è fisiologicamente sottoposto a rinegoziazioni, ogniqualvolta si registri un mutamento degli elementi esterni determinanti per la contrattazione (variabilità dei prezzi e dei costi dei servizi; mutamenti tecnologici ed istituzionali)[23].

2. *La rilevanza del fattore temporale nel contratto*

In termini generali si può dire che non esiste contratto rispetto al quale il fattore temporale non acquisti rilievo. Tutte le attività umane, anche quelle giuridiche, utilizzano come loro coordinate il tempo e la spazio[24]. Il tempo, in particolare, si atteggia ad unità di misura degli interessi degli individui; conseguentemente, in tutti i rapporti contrattuali, anche ove si concretizzino in uno scambio istantaneo, è riscontrabile un lasso temporale tra la conclusione del contratto e la sua esecuzione[25]. Il tempo è elemento caratterizzante la funzione del contratto, nel senso che il raggiungimento del risultato negoziale realizza l'interesse delle parti nella misura in cui vengano rispettate le modalità temporali pattuite.

Nella disciplina codicistica delle obbligazioni e dei contratti, il dato temporale è specchio della realizzazione dello scopo negoziale, ove l'esecuzione avvenga in un determinato momento o entro un termine prestabilito, o, infine, per un certo periodo. Nel primo e nel secondo

[21] J. C. Rivera, G. Medina, *Código civil y comercial de la Nación comentado*, III, Buenos Aires, 2017, p. 520.
[22] Così l'art. 1197 c.c. argentino del 1871, riprendendo un'espressione del Codice Napoleone; A. Chaneton, *Historia de Vélez*, Buenos Aires, 1969, p. 433.
[23] R.L. Lorenzetti, *Tratado de los Contratos*, I, Buenos Aires, 2003, p. 120.
[24] G. Saraceni, *Il tempo nel diritto*, in *Iustitia*, 2003, p. 461; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1989, p. 111; M. Granieri, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, cit., p. 32.
[25] M. Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Milano, 1958, p. 257; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 90.

caso, i contraenti saranno soddisfatti qualora l'adempimento si verifichi nell'arco o entro il tempo stabilito; nel terzo caso, invece, la soddisfazione è correlata all'esecuzione continuativa delle prestazioni, secondo le modalità previamente concordate dalle parti. In quest'ultima ipotesi ciò che importa è, pertanto, la regolare e duratura attività dei contraenti[26].

Il contratto di durata, quindi, si differenzia dallo scambio a esecuzione istantanea e dal contratto sottoposto a termine, in quanto lo svolgimento del rapporto per un tempo più o meno lungo è funzionalmente connesso all'interesse delle parti alla continuità dell'esecuzione. Il perdurare nel tempo del rapporto contrattuale comporta l'individuazione della durata quale elemento fondamentale della relazione negoziale e, pertanto, delle prestazioni corrispettivamente scambiate. Il sinallagma deve, conseguentemente, trovare tutela, indipendentemente dal fatto che l'adempimento continuativo si realizzi tramite una serie di prestazioni che potrebbero costituire oggetto di autonome obbligazioni ad esecuzione immediata. È la durata del contratto a fungere da misura dell'interesse delle parti.

La situazione non cambierebbe ove le parti stipulassero, anziché un solo contratto, una pluralità di atti tra loro collegati. L'interesse dei contraenti dovrebbe ritenersi sempre unitario, per cui le prestazioni oggetto dei successivi negozi, dato il limite insuperabile dell'unitarietà del rapporto, non potrebbero considerarsi autonome. Accanto a rapporti giuridici elementari, caratterizzati dalla relazione reciproca tra un singolo diritto e un singolo obbligo, sarebbero individuabili, quindi, rapporti giuridici complessi, in cui si intrecciano molteplici situazioni singole, ognuna delle quali rappresenta soltanto una parte rispetto al tutto[27].

In particolare, ricostruendo la fisionomia sottostante ad alcune complesse operazioni commerciali, è possibile scorgere una pluralità di singole fattispecie negoziali, tutte avvinte da un legame di reciproca interdipendenza[28]. La valutazione della natura obiettiva dell'affare e del programma economico ad esso sotteso permette spesso di cogliere il collegamento negoziale tra più atti. Il soddisfacimento degli interessi delle parti è subordinato, in tal caso, all'esecuzione complessiva dell'operazione, che si svolgerà in un lasso di tempo apprezzabile e nell'auspicato rispetto reciproco della buona fede.

Nei contratti, soprattutto quelli tra imprese, il tempo acquista, quindi,

[26] F. Macario, *Sopravvenienze e gestione del rischio*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 179 ss.; S. Sangiorgi, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 19; G. Oppo, *Contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, p. 174.
[27] A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 200.
[28] C. Scognamiglio, *Dal collegamento negoziale alla causa di coordinamento*, in P. Iamiceli (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, p. 65.

importanza centrale, in quanto elemento da cui dipende il perseguimento degli obiettivi, in primo luogo quelli imprenditoriali. Gli interessi degli operatori commerciali, specie se di particolare rilievo economico, non possono essere realizzati se non attraverso un rapporto prolungato, durante il quale le parti sono vincolate ad adempiere alle reciproche prestazioni. Elemento caratterizzante tali contratti è proprio la reiterazione o prosecuzione dell'esecuzione, proporzionale e funzionale al fabbisogno economico-imprenditoriale di ciascuna parte, così come dedotto in contratto.

La giuridicità del tempo dipende, quindi, dal suo essere funzionale allo svolgimento e alla conservazione della "relazione" tra le imprese contraenti. Dell'importanza del fattore temporale nelle dinamiche imprenditoriali è consapevole il nostro legislatore, che, negli ultimi anni, ha offerto alle imprese schemi e "rimedi", attraverso i quali gestire i rapporti contrattuali duraturi nel tempo. In particolare, all'art. 9 della disciplina in materia di subfornitura (l. 132/1998) introduce il divieto di abuso di dipendenza economica in quelle situazioni che possono ricondursi all'idea di *long-term relationship*[29]; il d.lgs. 231/2002 sui ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali sanziona con la nullità tutti i contratti conclusi tra imprenditori che comportano la consegna di merci o la prestazioni di servizi contro il pagamento di un prezzo, rispetto ai quali l'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del mancato pagamento, risulti gravemente iniquo in danno al creditore (art. 7); la legge che regolamenta il *franchising* (l. 129/2004) individua in tre anni la durata minima del contratto, considerato quest'ultimo il tempo minimo affinché il *franchisee* ammortizzi i costi di affiliazione (art. 3); la disciplina dei contratti di rete, contenuta nella l. 33/2009, valorizza, a sua volta, l'elemento temporale in quanto solo nel lungo-medio periodo possono apprezzarsi i vantaggi della "capacità innovativa" e della "competitività sul mercato" del reticolato di imprese.

3. segue: *e della "relazione" fra i contraenti: la rilevanza socio-economica dei c.d.* relational contracts

Data l'essenzialità che assume il fattore temporale, i contratti di durata devono essere sempre analizzati alla luce del momento storico e del contesto

[29] F. Bartolini, *Il recesso nelle reti contrattuali*, in P. Iamiceli (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 357.

socio-economico entro cui esplicano efficacia[30].

Il superamento della dimensione atemporale dell'affare e l'approdo ad una visione relazionale dei rapporti contrattuali costituisce l'esito della riflessione scientifica di un gruppo di giuristi ed economisti nordamericani, a cui si deve l'elaborazione della teoria dei contratti relazionali.

Il modello contrattuale elevato a paradigma della visione classica del diritto privato dell'economia è costituito dalla c.d. *discrete transaction*, atto "isolato" e dunque, in un certo senso, separato dall'ambito spazio-temporale entro cui si colloca, rispetto al quale, sul presupposto dell'assenza di "fallimenti di mercato", non si ravvisa l'esigenza di disciplinare il rischio di squilibrio, in corso d'opera, tra le prestazioni. Tali transazioni presentano un inizio e una fine esattamente individuati, si fondano sullo scambio istantaneo e permettono che l'interesse dell'operatore economico venga soddisfatto di volta in volta, con tutti i costi che ne comporta, attraverso una nuova contrattazione[31].

In tale prospettiva, il rischio resta a carico del venditore o del preponente e non ricade sull'acquirente o sull'agente. La logica del rapporto contrattuale muove intorno all'adempimento. Pertanto, ove questo non si verifichi, la parte adempiente può chiederne la risoluzione e concludere un nuovo affare con un operatore più diligente[32].

Soltanto il modello dell'economia neoclassica ha consentito l'elaborazione di rimedi giuridici per i casi di errore o d'impossibilità della prestazione. Tali strumenti, tuttavia, non sono stati pensati allo scopo di mantener salda, seppur con la rinegoziazione opportuna, la relazione contrattuale, ma quali veicoli di ripartizione equitativa delle sopravvenienze tra le parti[33].

La visione formalistica e dogmatica del contratto subisce le prime scalfitture solo nel momento in cui la negoziazione inizia ad essere studiata con un approccio empirico, attraverso l'ausilio di discipline estranee all'impianto formalistico del diritto, quali l'economia e la sociologia[34]. Così

[30] G. Gottlieb, *Relationism, Legal Theory for a Relational Society*, in 50 *University of Chicago Review* (1983), p. 569.

[31] I.R. Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, in 75 *Northwestern University Law Review* (1981), p. 1027; F.S. Nisio, *Jean Carbonnier*, Torino, 2002, p. 86 ss.

[32] R.D. Cooter, M.A. Eisenberg, *Damages for Breach of Contracts*, in 73 *California Law Review* (1985), p. 1432.

[33] I.R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, in 72 *Northwestern University Law Review* (1977-1978), p. 905.

[34] D. Campbell (ed.), *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*, London, 2001.

procedendo, si ravvisa che i rapporti commerciali vengono disciplinati più in ragione della prassi che della norma giuridica statale che ne detta la regolamentazione[35].

La dottrina dei contratti relazionali muove dal concetto sociologico di scambio, inteso quale sinonimo di relazione e definisce il contratto come un articolato, complesso risultato della combinazione di vari elementi: la specializzazione del lavoro, la necessità dello scambio e la libertà di scelta dei contraenti.

Alla base della scelta degli operatori di mercato v'è il fattore temporale, per cui appare più conveniente l'una o l'altra scelta a seconda del sistema di ordine, di pagamenti e di coercizione degli impegni vigente in un dato contesto spazio-temporale[36]. L'aspetto più innovativo della teoria dei *relational contracts* è dato dal superamento del dogma neoclassico del consenso, secondo cui il contratto è il luogo in cui viene cristallizzato l'accordo tra le parti, quale sintesi delle volontà individuali.

Nella prospettiva "relazionale", il contratto non è né l'inizio, né il termine di un percorso, ma un semplice strumento che concorre alla definizione della relazione tra due o più soggetti. In tal senso, la regolamentazione contrattuale non può essere considerata la fonte esclusiva o principale del rapporto, ma soltanto un elemento che concorre alla sua definizione. Il legame tra le parti viene inciso da continui condizionamenti esterni e interni, che ne impongono, in punto di fatto, costanti aggiustamenti per il suo mantenimento in vita (*rectius*: per la sua esecuzione e prosecuzione).

Pertanto, se nella prospettiva dell'economia classica e neoclassica i rimedi costituiscono un'imposizione eteronoma da parte dell'ordinamento, per la teoria relazionale la contrattazione tra le parti prosegue ininterrottamente allo scopo di garantire l'equilibrio costante tra le prestazioni.

Espressione emblematica dei contratti relazionali sono le transazioni del commercio "integrato", in cui i protagonisti del mercato non sono contraenti occasionali, bensì operatori commerciali interessati all'instaurazione di vincoli stabili e duraturi. È del tutto innegabile la distanza dei contratti di questo tipo dal modello del contratto a effetti reali, quale atto dispositivo della ricchezza e negozio giuridico bilaterale perfetto, che assicura la reciprocità e la corrispettività.

Quando il mercato si organizza in funzione non soltanto dello scambio

[35] S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in 28 *American Sociological Review* (1963), p. 55; S. Macaulay, *The Use and Non-Use of Contracts in the Manufacturing Industry*, in 9 *Practical Lawyer* (1963), p. 13.

[36] M. Granieri, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, cit., p. 50 ss.

di beni, ma anche e soprattutto della circolazione dei servizi, il modello classico di contratto si presenta idoneo a rappresentare solo una fetta delle transazioni commerciali, dovendo gli operatori ricorrere necessariamente a strutture negoziali che permettano la pianificazione dell'attività d'impresa per la realizzazione di risultati socio-economici comuni. Superata la visione del contratto come puro scambio teso alla massimizzazione dell'utilità individuale di ciascuna parte e dotato di completa autonomia rispetto alle altre relazioni intercorrenti tra i soggetti di mercato, la dottrina dei *relational contracts* muove fondamentalmente da due presupposti: 1) lo scambio acquista valore solo all'interno di un contesto specifico, denotato dalla comunità entro cui è posto in essere e dai rapporti tra coloro che vi operano; 2) lo scambio acquista forma grazie ad elementi pensati in termini di specificità, perché legati ad un contesto specifico.

Tale impostazione, di carattere prevalentemente e, comunque, *prima facie* sociologica dello scambio implica la coercibilità del patto su cui l'affare si fonda, la rilevanza dei mezzi di comunicazione in cui lo scambio si esprime e, infine, la consapevolezza dei contraenti circa gli effetti che deriveranno dallo scambio[37]. Ogni rapporto contrattuale si colloca all'interno di relazioni complesse ed è comprensibile solo in relazione agli elementi esterni che concorrono ad influenzarlo. A differenza delle *discrete transactions*, transazioni commerciali isolate e ad effetto istantaneo, i c.d. *relational contracts* si caratterizzano per la ricerca della continuità della relazione tra le parti, le quali, pur perseguendo interessi individualistici, ossia di massimizzazione del proprio interesse, condividono il comune obiettivo di instaurare e mantenere una collaborazione duratura. Conseguenza inevitabile di tale continuità è, pertanto, l'insostituibilità della parte contrattuale, con la quale si crea un rapporto di natura fiduciaria, caratterizzato dalla solidarietà reciproca, che appare più affine alla logica del contratto associativo che non a quello di puro scambio[38].

In quanto contratto di lunga durata, il contratto relazionale è, per sua natura, flessibile. Flessibilità che si può manifestare nei più disparati elementi del rapporto contrattuale: dall'oggetto, all'adesione di altre parti, alle diverse modalità esecutive. Fondamentali, quindi, nella configurazione del *genus* contratti relazionali, appaiono: la reciprocità, per cui gli atti e le attività a beneficio di altri produrranno un vantaggio anche per l'agente, e la solidarietà, ovvero l'affidamento verso altri, nei limiti di quanto necessario

[37] F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 58 ss.; I.R. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry Into Modern Contractual Relations*, New Haven, 1980, p. 6.
[38] P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, cit., p. 319.

ai fini della continuazione del rapporto[39].

A livello empirico i contratti relazionali trovano esplicazione nei rapporti contrattuali a lungo termine. Le indagini sociologiche di mercato mostrano come il processo di programmazione contrattuale giochi un ruolo soltanto marginale nelle relazioni d'affari di un certo spessore economico, spesso formalizzate in contratti di lunga durata, e, pertanto, si risolvono unicamente in una pianificazione scarna e approssimativa. Le parti muovono dalla consapevolezza che, in ragione dei mutamenti a loro interni (ad esempio il mutamento del fabbisogno imprenditoriale) o esterni (variabilità dei costi, innovazioni tecnologiche) sia impossibile programmare, in maniera compiuta, *ex ante*, lo sviluppo del rapporto destinato a protrarsi per un lasso di tempo apprezzabile[40].

A fronte di ciò, i contratti di durata impongono all'ordinamento un'evoluzione delle tecniche di gestione del contratto, l'individuazione di strumenti idonei a consentire il riassetto delle condizioni negoziali in caso di mancata esecuzione delle prestazioni, sia per il caso d'inadempimento di un contraente che per qualsiasi altra causa[41].

L'applicazione della teoria relazionale ai contratti di durata impone, quindi, un mutamento di prospettiva nello studio del fenomeno della negoziazione nel suo complesso. Tale cambiamento comporta l'abbondono di una serie di dogmi in materia contrattuale e la segnalazione dell'esistenza di una soluzione di continuità del diritto dei contratti, specchio, a sua volta, della continuità delle relazioni tra imprese nella prassi commerciale[42].

Il tema dei contratti relazionali sembra potersi oggi presentare, ad esempio, nell'analisi delle conseguenze della c.d. *Brexit* sui contratti (specialmente se transazionali tra imprese). In particolare, ci si potrebbe chiedere che effetti avrà il divorzio tra il Regno Unito e l'Unione Europea sui contratti di lunga durata stipulati tra imprese britanniche e imprese con sede legale nel territorio degli Stati membri dell'Unione. L'uscita del Regno Unito dal mercato unico, con la conseguente introduzione di tariffe

[39] I.R. Macneil, *Barriers to the idea of relational contracts*, 1987, in D. Campbell (ed.), *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*, cit., p. 32.

[40] T.M. Palay, *Comparative Institutional Economics: The Governance of Rail Freight Contracting*, in 13 *The Journal of Legal Studies* (1984), p. 265; G. Gottlieb, *Relationism: Legal Theory for a Relational Society*, cit., p. 567.

[41] G. Gottlieb, *Relationalism: Legal Theory for a Relational Society*, cit., p. 572; V. P. Goldberg, *Price Adjustment in Long Term Contracts*, in *Wisconsin Law Review* (1985), p. 531; Id., *Relational Exchange: Economics and Complex Contracts*, in 23 *American Behavioral Scientist* (1980), p. 337.

[42] M. Granieri, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, cit., p. 58.

doganali o altri tipi di misure protezionistiche, potrà compromettere le condizioni in forza delle quali tali contratti sono stati stipulati.

L'evoluzione dell'apparato rimediale per il mantenimento in vita del vincolo negoziale dovrebbe, quindi, provenire dal legislatore europeo e non da quello nazionale. Con riferimento alla *Brexit*, si potrebbe discorrere di vera e propria sopravvenienza che esige una regolamentazione uniforme a livello transnazionale, capace di garantire, in maniera opportuna, la permanenza della relazione economica tra le parti. Regolamentazione uniforme resa necessaria in ragione delle diverse normative nazionali degli Stati membri che disciplinano l'alterazione della base negoziale[43].

In Spagna, ad esempio, non esiste una disciplina di diritto positivo sul punto. Il *Tribunal Supremo*, tuttavia, ammette la rinegoziazione nel caso di un'alterazione grave e imprevedibile dell'equilibrio contrattuale[44]; il § 313 BGB[45], introdotto dalla legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 2002[46], invece, prevede la riformulazione delle condizioni del contratto o, in mancanza, la risoluzione[47]. L'art. 1467 c.c. individua la risoluzione quale primo rimedio di fronte all'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni, salva sempre la modificazione equitativa del contratto.

In Gran Bretagna, invece, si segue la c.d. *doctrine of frustration*, per cui

[43] M.P. Weller, M.G. Casas, *El déstino de los contratos de larga duración en el Brexit*, in *La Ley*, Buenos Aires, 5 settembre 2017, p. 1-3.

[44] P.S. Coderch, *Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernizaciòn del Còdigo Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, in *In Dret*, 2009, 4, p. 15; *Tribunal Supremo*, 25 gennaio 2007; *Tribunal Supremo*, 27 maggio 2002; *Tribunal Supremo*, 17 novembre 2000; *Tribunal Supremo*, 15 novembre 2000; *Tribunal Supremo*, 3 giugno 1997; *Tribunal Supremo*, 29 gennaio 1996.

[45] § 313 BGB, rubricato "Alterazione del fondamento negoziale": «Se le circostanze che sono diventate il fondamento del contratto sono notevolmente mutate dopo la conclusione del contratto, e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto questi mutamenti, può pretendersi l'adeguamento del contratto, qualora tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare della distribuzione contrattuale e legale dei rischi, da una delle parti non possa pretendersi il mantenimento del contratto non modificato. Al mutamento delle circostanze è parificata l'ipotesi in cui le rappresentazioni essenziali che sono diventate il fondamento del contratto si rivelano false. Se non è possibile un adeguamento del contratto o esso non sia pretendibile da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Nei rapporti obbligatori di durata, al posto del diritto di recesso subentra il diritto di recesso.»

[46] *Gezetz zur Modiernisierung des Schuldrechts*, 26 novembre 2001.

[47] Sulla codificazione degli istituti di diritto dottrinale e giurisprudenziale del *Fehlen* e del *Wegfall der Geschäschaftsgrundlage* v. G. Cian, *Significati e lineamenti della riforma dello* Schuldrecht *tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 5.

o il contratto resta vigente così come negoziato a monte, oppure si risolve[48]. A fronte di tale diversità normativa e in mancanza di un intervento del legislatore europeo, è ipotizzabile che siano gli operatori commerciali stessi ad adoperarsi ad una rinegoziazione che tenga conto del diverso scenario economico-istituzionale entro cui dovranno trovano esecuzione i contratti stipulati.

4. *Attività d'impresa e poteri privati: l'abuso della "forza" contrattuale e i "limiti" all'autonomia privata*

Il tempo, come visto, non è una caratteristica esclusiva e propria dei soli contratti c.d. relazionali (ammesso che si voglia riconoscere autonomia e indipendenza a tale categoria), ma può costituire, in ogni caso, un carattere specifico di tutti i contratti a lungo termine, che, per una ragione o per un'altra, si proiettano in avanti nel futuro.

Tuttavia, anche nella visione più individualistica e liberalistica, rappresentata esemplificativamente dal pensiero di J. Stuart Mill, era chiaro che nessun rapporto può durare per sempre. Proprio a proposito del caso in cui le parti si impegnano a fare un qualcosa per un periodo di tempo prolungato, scriveva il celebre pensatore inglese che "[An] exception to the doctrine that individuals are the best judges of their own interest, is when an individual attempts to decide irrevocably now what will be best for his interest at some future and distant time". La presunzione in favore del giudizio individuale, sempre secondo il pensiero del filosofo economista, è legittima solo se tale giudizio si basa sull'esperienza personale, attuale e presente. Diversamente, nessuno può validamente vincolarsi ora per il futuro, in virtù di una semplice previsione[49].

Il passaggio appena riportato, in un certo senso estremizzato dal contesto in cui fu elaborato - ovvero in piena rivoluzione industriale, è

[48] Si discorre di *frustraction of purpose* nel caso in cui le circostanze sopravvenute siano tali da trasformare la prestazione (qualora eseguita) in qualcosa di radicalmente diverso da quanto pattuito, così alternando in modo sostanziale il significato dell'operazione economica inizialmente programmata (*Krell* v. *Henry*, [1903] 2 KB 74). Sulla *doctrine of frustration* in generale v. da ultimo la rapida e sommaria trattazione di C. Marchetti, *Doctrine of frustration*, in Id., R.E. Cerchia, *Il* contract *in Inghilterra. Lezioni e materiali*, Torino, 2012, p. 217 ss.

[49] Tale passaggio è riportato da M.A. Eisenberg, *Why there is no law of relational contracts*, in 94 *Northwestern University Law Review* (1999-2000), p. 814 ss.

bene specificarlo -, esprime comunque un concetto che appare indubitabile, ovvero l'impossibilità di vincolarsi per un tempo indefinito verso qualcun altro, anche nel caso di vincolo reciproco, giacché qualunque rapporto, non necessariamente di matrice giuridica, è esposto a delle variabili, spesso imprevedibili. È noto che l'ordinamento non tollera vincoli perpetui e, per tale ragione, prevede sempre una "via d'uscita".

In questa sede, tuttavia, interessano quelle variabili che possono alterare il normale svolgimento ed esecuzione del rapporto, che trova la propria fonte in un contratto. Un primo gruppo riguarda elementi per dir così "esterni", ovvero, esemplificativamente, le c.d. sopravvenienze, tradizionalmente inquadrate nell'impossibilità e nell'eccessiva onerosità sopravvenute. È difatti assai arduo confidare nell'immutabilità delle condizioni sussistenti alla conclusione del contratto e si tratta perciò di verificare se i rimedi predisposti dal legislatore per questi "mutamenti" siano effettivamente rispondenti alle esigenze non solo delle parti, ma anche, più in generale, dell'economia, in una prospettiva di efficienza del mercato.

Un secondo gruppo, invece, riguarda fattori "interni", ossia, ad esempio, l'abuso che una parte può perpetrare nei confronti dell'altra, la quale magari abbia fatto affidamento su certe condizioni o su una certa durata del rapporto, effettuando degli investimenti specifici. A ben vedere, in una transazione che si consuma istantaneamente, è difficile immaginare che una parte s'approfitti dell'altra, anche se non è da escludere del tutto (basti pensare all'istituto della rescissione). È però nelle relazioni di durata che si corre il rischio maggiore di abusi o comportamenti opportunistici, come si vedrà meglio nel prosieguo

Le due tematiche relative ai fattori interi o esterni che possono alterare la (corretta) esecuzione del contratto in un certo senso si intrecciano, essendo accomunate dal riguardare entrambe i rapporti a lungo termine, per definizione più esposti a variabili.

Da molti anni, ormai, è nota l'inadeguatezza degli istituti tradizionali (rescissione, impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenute) a risolvere le problematiche connesse alla proiezione nel futuro dello svolgimento del rapporto[50]; istituti tradizionali che, d'altra parte, sono stati concepiti - e funziona(va)no perfettamente - in un sistema incentrato sullo scambio c.d. istantaneo (sul quale v. *supra* par. 1) e che ruota(va) tutto attorno alla filosofia magistralmente condensata dalle parole di J. Stuart Mill.

Non è un caso che i rimedi introdotti progressivamente dal legislatore,

[50] Per un confronto sul punto con il sistema francese v. C.L. Natali, *L'abuso di dipendenza economica nel sistema italiano e francese*, in *Contratti*, 2006, 10, p. 931.

almeno in un primo momento, sono stati percepiti proprio come a carattere eccezionale e derogatorio rispetto alla disciplina di diritto comune. Esemplificativo è il caso della disciplina della subfornitura e, in particolare, dell'art. 9 l. 192/1998.

In ogni caso, prima di procedere con qualche sommaria osservazione sul punto, si deve rilevare come, nell'evoluzione del pensiero giuridico recente, ci si sia resi conto che la "grande impresa" è in grado di imporre le proprie scelte non solo al singolo individuo-consumatore, bensì anche alle altre imprese, che magari da essa dipendono.

5. segue: *Il "potere" contrattuale limitato dal legislatore: il caso dell'abuso di dipendenza economica*

La travagliata genesi della legge sulla subfornitura e dell'art. 9 nello specifico, per quanto interessante e "propedeutica" alla comprensione della *ratio* della legge medesima, può essere qui solo accennata, con un riferimento a uno dei maggiori problemi che si posero all'epoca, ovvero la collocazione all'interno, o meno, della normativa *antitrust*[51].

L'epilogo della vicenda è noto, ma era importante almeno menzionare la questione per comprendere che la controversia sull'abuso da parte di un'impresa rispetto all'altra (presuntivamente più debole) non costituisce mera questione tra privati, ma presenta numerosi e non trascurabili risvolti a livello di sistema e di mercato.

Da un punto di vista strettamente civilistico, che rappresenta una delle tante prospettive dalla quale osservare il fenomeno, alla dottrina non è sfuggita l'opportunità di leggere la disposizione di cui all'art. 9 come portatrice di un principio più ampio, se non addirittura una vera e propria clausola generale.

Inizialmente, ovvero immediatamente dopo l'avvento della legge, il divieto posto dall'art. 9 è stato applicato dalla giurisprudenza restrittivamente, ai solo contratti di subfornitura in senso stretto, ovvero quelli definibili tali ai sensi della l. 192/1998[52]. In breve tempo, tuttavia, si è passati a una lettura

[51] Per una sintesi dell'*iter* che ha portato all'approvazione della legge si rinvia a F. Macario, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale, il divieto di abuso di dipendenza economica*, cit., p. 509 ss. Si segnala altresì il contributo di L. Renna, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 370 ss., spec. p. 372 ss.

[52] In questo senso, Trib. Bari, 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3208, con nota di A.

più ampia della disposizione e non sono mancate, in sede giurisprudenziale, applicazioni in termini più generali ai rapporti tra imprese di natura commerciale[53]. D'altra parte, a ben vedere, oltre alla subfornitura, per limitarsi ai soli contratti tipici, sono molteplici gli ambiti nei quali si può realizzare l'abuso, a cominciare, ad esempio, dalla distribuzione o dal *franchising*. Per tale ragione, è risultato irragionevole limitare la repressione della condotta abusiva al ridotto ambito della subfornitura[54].

La giustificazione dell'estensione del divieto ad altre fattispecie si può spiegare in una duplice maniera. In primo luogo, i contratti a lungo termine sono, in un certo senso, terreno d'elezione delle regole di buona fede oggettiva e correttezza. In questo senso, la "generalizzazione" del divieto, per mutuare l'espressione di autorevole dottrina[55], corrisponde alla più ampia tendenza, iniziata tempo addietro, a sottoporre le relazioni tra privati al rispetto della reciproca collaborazione, nonché al dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

In secondo luogo, si deve risalire alla *ratio* sottesa al divieto di abuso di dipendenza economica, che è stata rintracciata nella protezione e incentivazione degli investimenti specifici[56]. Questi verrebbero inevitabilmente scoraggiati se la parte che li intraprende non potesse contare sulla sicurezza di un rapporto contrattuale duraturo e, in definitiva, sulla possibilità non solo di recuperare l'investimento medesimo, ma anche di percepire possibilmente un utile. In breve, una giustificazione, questa, in termini di efficienza del mercato[57].

Palmieri, secondo cui il divieto dell'abuso di dipendenza economica si applica soltanto ai contratti di subfornitura e, derogando al principio di libertà contrattuale, conferisce al giudice poteri di natura eccezionale.

53 Nella giurisprudenza di legittimità, ad esempio, si veda Cass., 23 luglio 2014, n. 16787, in *Contratti*, 2015, p. 241, con nota di M. Lamicela, relativa a un contratto di importazione e distribuzione di autoveicoli. La Corte ha affermato che il divieto di abuso di dipendenza economica costituisce peculiare applicazione di un principio generale che si vorrebbe caratterizzasse l'intero sistema dei rapporti di mercato; esso può, quindi, venire in considerazione in un ambito più ampio di quello formato dalle parti del singolo contratto, per estendersi al rapporto commerciale più complesso in cui esso si inserisca, qualora proprio tramite un tale rapporto si realizzi l'abuso.

54 Cfr. in questi termini F. Prosperi, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, p. 272 ss.

55 Il riferimento è a F. Macario, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale, il divieto di abuso di dipendenza economica*, cit., p. 525.

56 R. Natoli, voce *Abuso di dipendenza economica*, in *Dig. comm. Aggiornamento*, II, Torino, 2003, p. 21, discorre di "debolezza" che si origina in seguito a un investimento che una parte ha intrapreso in vista di una futura relazione (con l'altra parte).

57 L. Renna, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, cit., p. 375.

L'intervento legislativo sulla subfornitura, ancorché limitato (anche se oramai non più solo) a tale tipo di contratto, s'inserisce senza dubbio nell'ambito di una tendenza volta a limitare l'esercizio arbitrario dei diritti che, in astratto, sono attribuiti al committente, ma necessitano di un'indagine sulle modalità appunto dell'esercizio.

La dipendenza economica, di per sé, non è una condizione da scongiurare o reprimere, tant'è che la legge punisce solo il suo abuso. Si potrebbe forse riflettere - ma questo profilo merita ulteriori approfondimenti - se il divieto in discorso possa essere annoverato tra le istanze di "giustizia contrattuale", assieme, ad esempio, alla normativa consumeristica, o al c.d. terzo contratto, o alla protezione dell'individuo in quanto singolo[58].

Al di là, in ogni caso, della finalità che si vuole riconoscere all'art. 9, pare indubbio che esso rappresenti la sempre maggiore consapevolezza, da parte del legislatore, che la libertà negoziale - rappresentata dal soggetto che compie sempre scelte razionali, in quanto miglior giudice di sé stesso, secondo la visione tradizionale ottocentesca - spesso diviene, per mutuare l'espressione del Prof. Bianca, "illusoria"[59], con la conseguenza che l'ordinamento deve intervenire per scoraggiare e reprimere determinate condotte.

Tale intervento, tuttavia, risulta sovente incompleto o in ritardo, sicché spetta alla giurisprudenza offrire una tutela a situazioni che, altrimenti, non verrebbero adeguatamente protette. Un esempio di quanto precede è costituito dal noto caso Renault in tema di esercizio del diritto di recesso *ad nutum*.

6. segue: *Il "potere" contrattuale limitato dalla giurisprudenza: il caso (Renault) del recesso* ad nutum *controllato dal giudice*

Il caso qui considerato non riguarda espressamente la subfornitura[60], ma costituisce un esempio della sempre più diffusa tendenza al controllo

[58] Su questo tema si segnala il contributo di E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, « terzo contratto »*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 120 ss.

[59] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 89. Il Maestro esprime il concetto in relazione ai rapporti tra grande impresa e soggetto individuale, laddove quest'ultimo, per evidente disparità di potere contrattuale, è costretto a subire le condizioni impostegli. Il ragionamento può tuttavia essere applicato alla fattispecie che vede come protagonista due imprese, nella quale una si trova in una situazione appunto di dipendenza.

[60] Il caso è stato deciso da Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit., e riguardava il recesso *ad nutum* esercitato da un costruttore di automobili francese nei confronti di numerose concessionarie italiane.

giudiziale sull'esercizio dei poteri dei privati.

Il caso Renault si adatta al tema qui in analisi: da un lato, c'è il costruttore di automobili, il quale, in sede di contrattazione, si riserva il diritto di recesso *ad nutum*, probabilmente traendo vantaggio dalla sua posizione di grande multinazionale, imponendo così la propria scelta, per poi esercitarlo con modalità e in circostanze che saranno ritenute contrarie a certi canoni di comportamento; dall'altro, le singole concessionarie, parti "deboli" del rapporto, che prima subiscono la suddetta riserva e poi ne scontano le conseguenze. In breve, almeno con riferimento alla fase della contrattazione, quella che il Prof. Bianca qualifica nel proprio lavoro come "autorità di fatto"[61].

La Suprema Corte, nel decidere sulla legittimità del diritto di recesso, ha fatto largo uso dell'argomento dell'abuso del diritto[62]. Questo argomento in particolare ha suscitato in dottrina posizioni contrastanti e sin dai primi commenti si sono registrate opinioni favorevoli e contrarie alla soluzione della Cassazione[63]. Non interessa in questa sede soffermarsi sul dibattito relativo alla correttezza della decisione, potendosi comunque dar conto del fatto che essa costituisce un "tassello" di un più ampio contesto e non può (e, soprattutto, non deve) essere considerata isolatamente.

In primo luogo, un'osservazione di carattere fattuale: il problema sottoposto alla Corte è tutt'altro che raro e "virtuale". Esso, al contrario, rappresenta esemplificativamente la situazione di molte imprese, che si trovano a operare in posizione di squilibrio. Tale posizione, lo si è già rilevato, non è di per sé da reprimere, purché non venga sfruttata per

[61] C.M Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 55 ss. L'illustre Autore, tuttavia, non considera espressamente il caso dell'impresa "forte" e dell'impresa "debole", ma si sofferma soprattutto sui rapporti di forza all'interno della contrattazione di massa, in cui un soggetto impone le proprie scelte a una generalità di contraenti. Il caso più esemplificativo è quello delle condizioni generali di contratto.

[62] Sul tema non si può prescindere dal contributo di P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss. (ora Id., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998). Si vedano, inoltre, R. Sacco, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. civ. Aggiornamento*, VII, Torino, 2012, p. 28 ss.; S. Patti, voce *Abuso del diritto*, *ivi*, I, 1994, p. 1 ss.; C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; C. Castronovo, *Abuso del diritto come illecito atipico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 1051; M. Messina, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004; G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 25.

[63] Tra queste si segnalano quelle di M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss.; e A. Palmieri, R. Pardolesi, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 95. Si vedano, poi, le osservazioni di F. Macario, *Recesso* ad nutum *e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 ss.

perpetrare un abuso.

L'esperienza, tuttavia, dimostra che la regolamentazione rimessa esclusivamente ai privati - in ipotesi in grado di disciplinare il loro rapporto in ogni singola fase, compresi le c.d. sopravvenienze e lo scioglimento - è spesso insufficiente[64]. Difatti, per quanto il regolamento privato possa essere articolato e prevedere il maggior numero possibile di situazioni verificabili, esso può solo tendere e aspirare alla completezza[65], senza tuttavia mai raggiungerla.

Si potrebbe allora volgere lo sguardo alla legislazione, nel tentativo di rinvenire l'opportuna repressione per gli "abusi" in analisi. Essa è innegabilmente presente, basti pensare alla subfornitura cui si è fatto riferimento, ma numerosi altri esempi si potrebbero fare, come la normativa consumeristica, quella sul ritardo dei pagamenti e via discorrendo. Alla dottrina più accorta, tuttavia, non è sfuggito come non sia comunque possibile fare completamente e unicamente affidamento sul formante legislativo[66].

Procedendo allora per esclusione, sia consentita l'espressione, non rimane che affidarsi all'intervento della giurisprudenza e, più in particolare, a quel controllo giudiziale di cui il caso Renault costituisce un'applicazione.

Dal 2009 in poi, ovvero successivamente a quest'ultima decisione, si sono moltiplicati gli interventi della Cassazione che si pongono sulla medesima scia[67]. Il modo di procedere della Corte è grossomodo sempre il medesimo,

[64] Il rilievo è di F. Macario, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale, il divieto di abuso di dipendenza economica*, cit., p. 534.

[65] Viene qui in rilievo il tema del contratto c.d. incompleto. L'elaborazione della figura si deve alla dottrina nordamericana, in particolare a O.E. Williamson, *Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, in 242 *Journal of Law & Economics* (1979), p. 243. Tale espressione, come riportato da R. Natoli, voce *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 10, è stata coniata nel linguaggio economico e riassume l'assunto di base per il quale nessun contratto può prevedere in anticipo gli sviluppi del mercato; ogni contratto, dunque, è necessariamente incompleto. Dall'incompletezza "economica" si è poi passati all'incompletezza "giuridica", con ciò intendendosi la regola giuridica del rapporto che non è stata sufficientemente definita dalle parti e che si presta a integrazioni (cfr. S. Landini, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 203). Sul tema, a titolo meramente esemplificativo, nella letteratura italiana, v. A. Fici, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005; G. Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.

[66] F. Macario, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale, il divieto di abuso di dipendenza economica*, cit., p. 534.

[67] Si veda ad esempio Cass., 23 novembre 2015, n. 23868, in *Contratti*, 2016, 7, p. 659, con nota di F. Piraino, secondo cui in presenza di una clausola risolutiva espressa, i contraenti sono tenuti a rispettare il principio generale della buona fede ed il divieto di abuso

mediante il richiamo ad argomentazioni che tra loro s'intrecciano, ovvero abuso del diritto e clausola generare di buona fede[68].

Clausole generali, appunto, che sembrano vivere una nuova stagione[69]. A ben vedere, in verità, il processo di "rilettura" del codice civile alla luce del dettato costituzionale, che ha consentito di superare l'iniziale ritrosia al ricorso alle clausole in discorso, è iniziato già da qualche decennio[70].

Non si può però non richiamare l'affermazione compiuta dal Prof. Bianca, nel volume che qui si celebra, proprio a proposito dei princìpi generali, un'affermazione, verrebbe da dire, premonitrice, peraltro resa in tempi non sospetti.

Il contesto è quello dell'analisi dell'inadeguatezza del controllo giudiziale sulle clausole uniformi in contrasto con l'utilità sociale, controllo limitato dalla difficoltà di applicare direttamente un principio costituzionale (appunto l'utilità sociale), che comporterebbe un apprezzamento del giudice eccessivamente discrezionale. L'illustre Autore, nel rispondere a coloro che

del diritto, preservando l'uno gli interessi dell'altro. Sicché il potere di risolvere di diritto il contratto, avvalendosi della clausola risolutiva espressa, è necessariamente governato dal principio di buona fede, da tempo individuato dagli interpreti sulla base del dettato normativo (artt. 1175, 1375, 1356, 1366, 1371 c.c., ecc.) come direttiva fondamentale per valutare l'agire dei privati e come concretizzazione delle regole di azione per i contraenti in ogni fase del rapporto (precontrattuale, di conclusione e di esecuzione del contratto). Tale principio si pone allora, nell'ambito della fattispecie dell'art. 1456 c.c., come canone di valutazione sia dell'esistenza dell'inadempimento, sia del conseguente legittimo esercizio del potere unilaterale di risolvere il contratto, al fine di evitarne l'abuso ed impedendone l'esercizio ove contrario ad essa (ad esempio escludendo i comportamenti puramente pretestuosi, che quindi non riceveranno tutela dall'ordinamento).

68 Il connubio tra abuso del diritto e buona fede, inaugurato, per dir così, dalla Suprema Corte con il caso Renault, ha inevitabilmente condizionato la dottrina, che tuttora riflette sull'opportunità di leggere assieme le due figure. Sul punto si segnala il recente contributo di L. Balestra, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 541 ss. Ma v. altresì G. Alpa, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 244 ss. Al di là del riconoscimento dell'autonomia alla figura dell'abuso del diritto, sembra potersi affermare che, talvolta, se ne fa eccessivo ricorso. Per un curioso caso di applicazione del principio in discorso, relativamente alla liquidazione di una società, sia consentito il rinvio a V. Brizzolari, *Cessione d'azienda e limitazione della responsabilità del cessionario in danno del creditore: un nuovo caso di abuso del diritto?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 374 ss.

69 Sempre sull'abuso del diritto, quale "nuova" clausola generale, si vedano le brevi ma efficaci osservazioni di R. Pardolesi, *Nuovi abusi contrattuali: tipici e atipici*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 137 ss.

70 Per una puntuale ricostruzione del percorso seguito da dottrina e giurisprudenza sul punto, si veda senz'altro F. Macario, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir. Annali*, VIII, 2015, p. 61 ss.

temevano un'eccessiva ingerenza e politicizzazione del potere giudiziario[71], non manca di sottolineare un dato di carattere concreto (dell'epoca chiaramente, ovvero il 1977), che dimostra l'inesistenza di tale rischio, ossia lo scarso ricorso ai princìpi generali da parte dei giudici, tra i quali annovera il precetto di buona fede[72].

Il caso Renault, al quale si è fatto brevemente cenno, costituisce un esempio del nuovo ruolo assunto dal giudice, al quale non spetta più la mera applicazione di una disposizione del codice civile (nella specie il recesso), bensì il "controllo" sul rapporto e sul fine realizzato mediante l'esercizio di un diritto, alla luce proprio della buona fede[73]. Il controllo giudiziale, dunque, se sapientemente misurato e utilizzato, consente di rimediare a possibili "abusi".

Legislazione e giurisprudenza offrono così numerosi spunti per riflettere sui "limiti" al potere privato, in relazione ai rapporti contrattuali qui considerati, ovvero quelli di durata. Tra questi ultimi si può annoverare il contratto di rete, che lascia alle parti la libertà di organizzare la loro "relazione" e scegliere il grado di collaborazione, scambio di informazioni e via discorrendo, sempre naturalmente in una prospettiva che si sviluppa e proietta nel futuro.

7. segue: *La distribuzione del "potere" nell'organizzazione (contrattuale) della rete di imprese*

Nel panorama degli strumenti a disposizione delle imprese per organizzare la propria attività, un rilievo particolare assume il contratto di rete[74]. La figura in esame, nonostante i pochi anni dalla sua introduzione, è stata

[71] Il riferimento è a P. Barcellona, *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 602.

[72] C.M Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 72 ss. L'Autore non esprime un giudizio positivo o negativo sullo scarso impiego dei princìpi generali, ma dal senso complessivo della parte cui si è fatto riferimento sembrerebbe propendere per la seconda alternativa. Difatti, successivamente, alle pp. 76 ss., ipotizza di affidare all'autorità giudiziaria il controllo sulle condizioni generali di contratto alla stregua, tra le altre cose, della buona fede.

[73] Cfr. S. Patti, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in G. D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, p. 158.

[74] Il contratto di rete è stato introdotto inizialmente dal d.l. 5/2009, successivamente convertito con la l. 33/2009, e più volte sottoposto a integrazioni, soprattutto dal d.l. 78/2001, poi convertito dalla l. 122/2010.

ampiamente studiata e ha suscitato la curiosità della dottrina, soprattutto in relazione allo stravolgimento, per dir così, delle tradizionali categorie civilistiche[75].

Il riferimento qui operato al contratto di rete non è affatto fuori luogo, giacché tale contratto si inserisce in quel processo di superamento del modello dello scambio istantaneo, a vantaggio del paradigma contrattuale in analisi, ossia il modello dei *relational contracts* (quale relazione stabile e, almeno tendenzialmente, duratura nel tempo, caratterizzata dalla cooperazione produttiva, piuttosto che dalla pura e semplice sinallagmaticità delle prestazioni, valutabili all'interno di un rapporto isolabile dal suo contesto)[76].

A questo proposito, è apparso immediatamente evidente il parallelo con il consorzio; meno chiara, invece, la funzione del contratto di rete, ovvero se di comunione di scopo, di scambio, oppure entrambe[77].

Non è questa la sede per approfondire ulteriormente le tematiche appena accennate, che hanno comunque ricevuto la debita analisi. Per i profili che qui più interessano, tuttavia, vale la pena svolgere alcune considerazioni con riferimento ai rapporti di forza che si possono creare all'interno della rete, atteso comunque che tale contratto può essere annoverato tra quelli c.d. di durata[78].

Due sembrano essere i profili che maggiormente rilevano, ovvero il tipo di rete che si può costituire (verticale oppure orizzontale) e l'organo comune, che eventualmente può essere previsto dagli aderenti alla rete.

Innanzitutto, occorre ricordare la distinzione tra reti c.d. orizzontali e verticali. Le prime si costituiscono, generalmente, tra imprese che operano al medesimo livello della catena produttiva; le seconde, invece, tra quelle che intervengono in fasi differenti, spesso interdipendenti tra loro[79].

[75] Per l'illustrazione di alcuni profili problematici relativi alle scelte del legislatore sulla disciplina il contratto di rete, si vedano senz'altro le fondamentali considerazioni di F. Macario, *Reti di imprese, «contratto di rete», e individuazione delle tutele. Appunti per una riflessione metodologica*, in P. Iamiceli (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 273. In forma più sintetica, Id., *Il "contratto" e la "rete": brevi note sul riduzionismo legislativo*, in *Contratti*, 2009, 10, p. 951.

[76] Un collegamento tra rete e contratti relazionali è rinvenibile in C. Camardi, *Efficienza contrattuale e reti di imprese*, in A. Lopes, F. Macario, P. Mastroberardino (a cura di), *Reti di imprese. Scenari economici e giuridici*, Torino, 2007, p. 331 ss.

[77] Per l'illustrazione delle possibili soluzioni, si veda Aa.Vv., *I contratti di rete: prime applicazioni pratiche*, a cura di G. D'Amico, F. Macario, in *Contratti*, 2013, p. 799 ss.; e A. Gentili, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, *ivi*, 2011, p. 617.

[78] F. Cafaggi, P. Iamiceli, G.D. Mosco, *Il contratto di rete e le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *Contratti*, 2013, p. 805.

[79] F. Cafaggi, P. Iamiceli, G.D. Mosco, *Il contratto di rete e le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, cit., p. 814.

Volendo generalizzare, si potrebbe affermare che il rischio di "abusi" e comportamenti opportunistici è più elevato in queste ultime, poiché esse si creano - ma ciò non è chiaramente la regola - tra l'impresa capofila (o *leader*) e tutte, o almeno gran parte, di quelle che fanno parte della filiera, laddove l'una è solitamente di dimensione (almeno) medio-grande e le altre invece di dimensioni minori.

Nella rete c.d. verticale può persino accadere che la (grande) impresa capofila sia esterna alla rete medesima, poiché ha solo incentivato la sua creazione, senza prendervi parte, ma assumendo comunque una *leadership*[80]. Per tale impresa, che ha così creato un "blocco" di altre imprese da lei dipendenti, è sufficiente, in ipotesi, troncare i rapporti anche con uno solo degli aderenti alla rete e "spezzare" la catena di produzione, creando senza dubbio non pochi problemi a tutti gli altri componenti.

Nel caso, dunque, di capofila esterna alla rete, si potrebbe avere un'autorità di fatto (sempre secondo la definizione del Prof. Bianca[81]); nel caso di capofila interna, invece, questa potrebbe esercitare, oltre a tale autorità di fatto, anche una, per dir così, di diritto, se, ad esempio, s'è riservata taluni poteri decisionali tramite l'organo comune.

Diversamente accade per le reti c.d. orizzontali. Sempre movendo dal presupposto che queste sono create da imprese del medesimo livello, appare meno probabile il rischio di prevaricazioni o comportamenti opportunistici. La rete orizzontale, difatti, si presenta sul mercato quantomeno come soggetto economico unitario[82], creata proprio con lo scopo di raccogliere le singole competenze di ciascuna impresa e metterle in comune.

Si discorre, a questo proposito, di *leadership* variabile o collettiva, proprio per sottolineare l'assenza di un soggetto sempre e comunque più "forte" degli altri, potendosi invece rilevare posizioni di preminenza appunto variabili, ma solo a seconda di specifici affari, in cui un'impresa è maggiormente specializzata[83]. In breve, la rete orizzontale consente al gruppo di operare laddove l'impresa singola non arriverebbe da sola. Ne deriva una sorta di potere "diffuso", non attribuito ai singoli, bensì al gruppo, quando si trova

[80] F. Cafaggi, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, in *Contratti*, 2011, p. 509 ss.

[81] Autorità di fatto sono i poteri decisionali non fondati su particolari prerogative giuridiche, ma solo su posizioni di forza economico-sociale. Cfr. C.M Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 55.

[82] Non è detto che si presenti anche come soggetto giuridico unitario, poiché ciò dipende dalla costituzione del fondo comune, che, secondo la normativa vigente, attribuisce soggettività giuridica alla rete.

[83] Cfr. G. Guzzardi, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 512. Ma v. altresì F. Cafaggi, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, cit., p. 510.

a operare come tale.

Il tentativo di un componente di prevaricare gli altri e sfruttare individualmente tale potere, come giustamente rilevato, avrebbe delle conseguenze paradossali, poiché egli si troverebbe a partecipare da solo alla competizione sul mercato e perciò indebolito[84].

La rete costituita tra imprese complanari, dunque, appare meno esposta al rischio di abusi di un soggetto nei confronti di un altro. Trattandosi, tuttavia, di un contratto c.d. di durata, la rete non è immune dalla variabile "tempo"; ma sul punto si tornerà più avanti.

Come rilevato poc'anzi, il problema del potere e dell'autorità all'interno della rete può essere esaminato anche da un altro profilo. L'allocazione del potere all'interno della rete[85], difatti, può costituire oggetto di una specifica pattuizione da parte dei contraenti. Si tratta del c.d. organo comune, elemento eventuale del contratto[86], che riguarda tanto le reti orizzontali quanto verticali.

Anche qui, tuttavia, occorre distinguere tra i due tipi. Con riferimento alle prime, i risultati di uno studio, basato sull'analisi dei contratti di rete effettivamente stipulati e registrati presso il registro delle imprese, dimostrano che c'è una tendenza a estendere la partecipazione all'organo comune a tutti coloro che partecipano alla rete. In altri termini, nella rete orizzontale, in genere, i contraenti e i componenti dell'organo sembrano coincidere, con la realizzazione di una *governance* comune. Come già sapientemente rilevato dal Prof. Bianca, è la partecipazione all'organo deliberante che pone il singolo in posizione egalitaria rispetto agli altri compartecipi di tale organo[87].

Con riferimento, invece, alle reti verticali, lo studio ha dimostrato come queste siano tendenzialmente più gerarchiche, potendosi constatare

[84] La rete di imprese, secondo il condivisibile pensiero di G. Guzzardi, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, cit., 514, genera una nuova forma di potere, che deriva dalla costante osmosi tra i partecipanti e dalla condivisione non occasionale di nuovi processi produttivi e risultati della ricerca.

[85] Per un elenco, a titolo meramente esemplificativo, delle competenze che si possono attribuire all'organo comune, si veda V. Donativi, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di* governance, in *Società*, 2011, p. 1438.

[86] Come rilevato da A. Gentili, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, cit., p. 626, l'organo comunque, da che era previsto obbligatoriamente per tutti i contratti di rete, a pena di nullità, è divenuto solo elemento accidentale, rimesso alla volontà dei contraenti. La legge, a questo proposito, discorre solo di possibilità di costituire l'organo comune di controllo e coordinamento.

[87] C.M Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 19, si esprime in questi termini a proposito delle autorità di diritto e, più in particolare, a proposito dell'autorità privata nei gruppi organizzati. Tra questi vi si può far rientrare il gruppo creato dal contratto di rete, malgrado non espressamente considerato dall'Autore, per evidenti ragioni temporali.

una preferenza per un organo di tipo ristretto, o persino monocratico[88]. La distribuzione del potere tra i partecipanti, dunque, non sempre è paritetica[89] e non è da escludere che nella rete c.d. gerarchica uno o più dei membri abusino della loro posizione. La presenza dell'organo comune non previene perciò possibili "abusi".

Ancora una volta, torna utile il pensiero del Prof. Bianca, che si rileva corretto e avveniristico. L'illustre Maestro, difatti, aveva già rilevato come la presenza di un organo assembleare, posto al vertice dell'organizzazione, non necessariamente impedisce l'assunzione del potere decisionale da parte di "fazioni" o "capi", poiché esso esclude, al limite, una disparità formale del singolo membro[90].

È inevitabile il rimando all'abuso di dipendenza economica. Il quesito che ci si è correttamente posti, è il seguente: se e in quali termini, nella valutazione dell'abuso in discorso, rilevi la circostanza che l'impresa sia inserita in un modello organizzativo di tipo reticolare[91].

Volgendo lo sguardo ai presupposti legali che integrano la figura in discorso, non sembra che l'appartenenza o meno a una rete, di qualunque tipo, possa escludere il ricorrere dell'abuso di dipendenza economica; purché - va da sé - ricorrano appunto tutti i requisiti di cui alla legge sulla subfornitura[92]. Non a caso, abuso di dipendenza economica e rete sono stati analizzati congiuntamente, soprattutto nel caso anzidetto della rete c.d. verticale, nella quale si può verificare anche un abuso c.d. di direzione e coordinamento[93].

---

[88] Il riferimento è sempre a F. Cafaggi, P. Iamiceli, G.D. Mosco, *Il contratto di rete e le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, cit., p. 810, ai quali si rinvia per la puntuale illustrazione e interpretazione dei dati raccolti, con i dovuti riferimenti statistici, in base all'analisi dei contratti di rete stipulati dall'entrata in vigore della legge.

[89] F. Cafaggi, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, cit., p. 512.

[90] C.M Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 59. Il pensiero è espresso in relazione ai poteri di fatto nell'ambito dei gruppi organizzati, questa volta però con riferimento alle autorità di fatto.

[91] Il tema è stato affrontato da M.R. Maugeri, *Reti contrattuali e abuso di dipendenza economica*, in P. Iamiceli (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete,* cit., p. 316; Ead., *Abuso di dipendenza economica e affiliazione commerciale: ambito di applicazione, contenuto del contratto, caratteri del rimedio e tutela della rete*, in A. Lopes, F. Macario, P. Mastroberardino (a cura di), *Reti di imprese. Scenari economici e giuridici*, cit., p. 371.

[92] Che il divieto di abuso non si applichi solo alla subfornitura in senso stretto è stato ampiamente dimostrato: v. *supra* par. 5. Sul rapporto tra rete e dipendenza economica, in ogni caso, v. M.R. Maugeri, *Reti contrattuali e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 326 ss.

[93] Sull'argomento diffusamente A. Barba, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economi-*

8. *L'adeguamento e la rinegoziazione del contratto in presenza di sopravvenienze*

Nelle pagine che precedono si è cercato, in via riduttivamente esemplificativa, di illustrare i "rimedi" a quei fattori, per dir così, "interni", che possono alterare il normale svolgimento di una relazione contrattuale di durata, ovvero l'abuso di una pare nei confronti dell'altra e i comportamenti opportunistici, che sacrificano le ragioni di coloro che hanno fatto affidamento, appunto, su una determinata durata del contratto.

Si è però visto che vi sono anche fattori "esterni", che possono avere altrettanta efficacia alterativa: alterazione che può essere talvolta sfruttata da un contraente per ottenere un vantaggio ingiusto nei confronti della parte che ha subìto il fattore perturbativo del rapporto.

Tutti i contratti sono esposti a tali eventi, tanto quelli che si concludono istantaneamente, quanto quelli, invece, la cui esecuzione è protratta o ripetuta nel tempo. All'inizio del presente contributo si è già tentato di dar conto, in prospettiva storico-comparatistica, della "crisi" del modello tradizionale dei primi, non sempre idonei a rispondere alle esigenze del mercato e delle imprese.

È il momento di accennare a quei "rimedi" per far fronte alle c.d. sopravvenienze. Il riferimento è al tema dell'adeguamento e della rinegoziazione del contratto[94]. La sopravvenienza pone sempre un problema di rinegoziazione, che può essere risolto *ex ante*, mediante l'introduzione di una clausola specifica, oppure concordemente dalle parti, se manca quest'ultima.

Va da sé che il caso di più difficile risoluzione è invece proprio l'assenza sia di una clausola determinata, che della volontà di rinegoziare il contratto. Il quesito che la dottrina si è posta è allora il seguente: se sussiste un obbligo generale a rinegoziare il contratto in caso di sopravvenienza; e, in caso di risposta affermativa, qual è la fonte di tale obbligo.

ca, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1264; F. Longobucco, *Abuso di dipendenza economica e reti di imprese*, *ivi*, 2012, p. 390.

[94] Sul punto non si può prescindere dal contributo di F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit.; in forma più sintetica, Id., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., p. 63 ss. Più recente, invece, Id., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir. Annali*, II, Milano, 2008, p. 1026 ss. Si segnalano, poi, R. Tommasini, voce *Revisione del rapporto*, in *Enc. dir.*, Milano, XL, 1989, p. 104; P. Gallo, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. civ. Aggiornamento*, VI, Torino, 2011, p. 804. Più di recente, infine, E. del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 801.

I due quesiti potrebbero essere letti come un'endiadi e la soluzione positiva dell'uno, in un certo senso, assorbe anche l'altro.

Dal legislatore[95], almeno a una prima e superficiale analisi, provengono indicazioni contrastanti. Da un lato, vi sono alcune disposizioni del codice in tema di gestione delle sopravvenienze, come l'art. 1664 c.c., ad esempio, per l'appalto, che lasciano intendere un principio di "conservazione" del contratto[96]. Dall'altro, pesa la formulazione dell'art. 1467 c.c., che sembrerebbe precludere la possibilità di formulare un principio generale di rinegoziazione[97]. Non sorprende, dunque, che la dottrina si sia divisa sul punto, potendosi registrare sia posizioni favorevoli[98], che posizioni contrarie[99].

Sembra potersi affermare, in ogni caso, che le prime prevalgano sulle seconde. Questa circostanza però non esime dall'indicare quantomeno il fondamento dell'obbligo in discorso. Ancora una volta, si deve volgere lo sguardo al principio di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.)[100]. Più in particolare, la valorizzazione della buona fede oggettiva costituisce, secondo i massimi esperti della materia, una ricaduta della dottrina dei *relational*

[95] In Italia manca la codificazione dell'obbligo in analisi. Per la Germania, si veda il § 313 BGB; per l'Argentina, invece, l'art. 1101 del *Código Civil y Comercial de la Nación*, per la formulazione del quale v. *supra* par. 1. In ambito di diritto privato europeo, si segnalano i Principi *Unidroit* (art. 6.2.3) e i *Principles of European Contract Law* (art. 6:111).

[96] Emblematico è l'art. 1367 c.c., rubricato proprio "Conservazione del contratto", anche se riferentesi all'interpretazione del medesimo. Sul punto v. F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., p. 76 ss.

[97] A parte il caso dell'offerta di cui al comma 3, ovvero l'offerta di un'equa modifica delle condizioni del contratto.

[98] V. per tutti F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit.; R. Sacco [e G. De Nova], *Il contratto*, 3ª ed., in *Tratt. dir. civ. Sacco*, II, Torino, 2004, p. 721; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 1046.

[99] Si segnalano, ad esempio, A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, 4ª ed., Torino, 2014, p. 272 ss.; e A. Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 709 ss., secondo cui il suggerimento interpretativo della rinegoziazione come istituto generale delle sopravvenienze finisce per presupporre un legislatore incoerente. L'obbligo in analisi, secondo l'Autore da ultimo citato, non è giustificato né dalla giustizia, poiché "il soccorso della legge è concesso per evitare pregiudizi non per catturare profitti", né dall'efficienza, in quanto deresponsabilizza le parti più imprevidenti. V. altresì M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 480 ss.

[100] Il riferimento è ancora a F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit. Nel senso della buona fede in funzione integrativa v. M. Franzoni, Sub *Artt. 1372-1375*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2013.

contracts[101]. La logica della cooperazione tendente al raggiungimento del risultato di cui al contratto dovrebbe rimpiazzare quella più individualistica, finalizzata al mero *advantage-taking*, propria dello scambio isolato. Torna utile, a questo proposito, la distinzione riportata in principio tra i *long-terms contracts* e le *discrete transactions*.

Nei primi assume maggior rilievo il profilo dell'esecuzione e, come opportunamente rilevato, quest'ultima coincide con la realizzazione dei diritti e degli scopi che le parti si sono prefissati. In breve, ciò che riveste rilevanza causale, nell'economia del contratto, non è propriamente la durata dell'adempimento, quanto la durata del soddisfacimento dell'interesse tutelato dal contratto[102].

Prevedere *sic et simpliciter* lo scioglimento di un rapporto colpito da una sopravvenienza senza dubbio vanifica l'interesse della parte onerata, ma non è da escludere che a essere sacrificato sia anche l'interesse di chi deve riceve la prestazione. Se si vuole restringere il campo d'indagine ai contratti a lungo termine, magari proprio a quelli preceduti da investimenti specifici, l'obbligo di rinegoziazione non pare solo auspicabile, bensì anche necessario, poiché la parte che ha intrapreso investimenti in vista del contratto si troverebbe davanti alla seguente alternativa: persistere in un'esecuzione eccessivamente gravosa, o chiedere la risoluzione del contratto e sopportare perdite pari alle spese e agli investimenti, senza contare il mancato guadagno[103]. Tra questi due estremi, si deve individuare una terza via, appunto quella della rinegoziazione.

Il tema, seppur oramai ampiamente sottoposto a specifici studi, continua a porre intriganti questioni, tra le quali si segnalano il contenuto dell'obbligo a rinegoziare, l'inadempimento di quest'ultimo e le forme di tutela. I limiti di questo intervento e, soprattutto, di coloro che scrivono, tuttavia, non consentono di soffermarsi ed esaurire la trattazione con compiutezza ed efficacia.

Ciononostante, concludendo, si possono formulare alcune brevi osservazioni. Innanzitutto, l'obbligo di rinegoziare discende, ancora una volta, dal più generale principio di buona fede oggettiva, che - pare ormai

[101] F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., 83.

[102] Così, lucidamente, A. Luminoso, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 525.

[103] Prospetta l'alternativa di P. Gallo, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 814. L'Autore può essere annoverato tra coloro che propendono per l'esistenza di un dovere generale di rinegoziazione. Egli afferma, difatti, che nei casi di investimenti specifici, la semplice possibilità di chiedere la risoluzione del contratto non pare sufficiente a fare giustizia.

indiscutibile - connota tutto lo svolgimento del rapporto, tanto più se si tratta di rapporto di durata. La vigenza di tale obbligo (cor)risponde, tra l'altro, al principio di conservazione del contratto e pare necessaria soprattutto in quelle ipotesi in cui le parti non abbiano determinato *ex ante* una specifica disciplina applicabile in caso di sopravvenienza.

La rinegoziazione, poi, potrebbe costituire anche un disincentivo a comportamenti opportunistici e "abusivi", nel senso di prevenire prevaricazioni sulla parte indebolita dall'aver compiuto investimenti specifici e, per tale ragione, disposta a "subire" l'altrui volere per non perdere tali investimenti.

9. *Conclusioni*

Nelle pagine che precedono si è tentato di mettere in luce il "superamento" del modello tradizionale dello scambio istantaneo, il quale, talvolta, pare inadeguato a offrire ai contraenti (in particolar modo alle imprese) uno schema funzionale e adatto alla regolamentazione dei rapporti, soprattutto per quelli che presuppongono o ai quali segue l'instaurazione di una "relazione" contrattuale a lungo termine.

In questo contesto, in continuo mutamento, s'inserisce il problema dell'"autorità", che, almeno ai limitati fini del presente scritto, va genericamente intesa come la possibilità che ha un soggetto di imporre le proprie scelte agli altri, durante la formazione o l'esecuzione del contratto. Come, ad esempio, quando, in sede di contrattazione, ci si riserva una specifica facoltà, le cui modalità d'esercizio dovranno essere valutate in relazione a certi canoni di comportamento; oppure quando si trae indebito vantaggio dalla propria posizione, prevaricando l'altro contraente.

Vi sono, dunque, alcune situazioni nelle quali l'impresa potrebbe essere costretta a subire una sopravvenienza o le scelte altrui, per non veder vanificati gli investimenti intrapresi, non potendo confidare, ad esempio, nei "rimedi" tradizionali del codice, concepiti sul modello dello scambio istantaneo.

Dal legislatore e dalla giurisprudenza, come si è cercato di mettere in luce, provengono soluzioni che, seppur, differenti, sembrano però tutte accomunate dall'intento di porre un limite al "potere" contrattuale. L'instaurazione di un rapporto a lungo termine, in ogni caso, non previene affatto il rischio di prevaricazione, ma, al contrario, sembrerebbe

amplificarlo, poiché il tempo espone l'intera relazione (contrattuale) a delle variabili con le quali bisogna necessariamente misurarsi e che potrebbero essere sfruttate dalla parte interessata per svincolarsi dal rapporto. Risolvere *sic et simpliciter* il contratto divenuto più oneroso non pare dunque essere la soluzione immediatamente preferibile, bensì occorre quantomeno tentare di "recuperare" il rapporto. Allo stesso modo, vi sono taluni ambiti nei quali la grande impresa, o, se si preferisce, quella dotata di maggior forza contrattuale - le due cose non sempre coincidono - potrebbe agire in modo contrario alla buona fede e alla correttezza, azionando un diritto che astrattamente le spetta, il cui esercizio, però, in concreto, non risulta conforme ai predetti canoni e perciò si rivela dannoso per il soggetto nei confronti del quale è esercitato.

I POTERI PRIVATI
NEI RAPPORTI DI MERCATO

Alberto Maria Benedetti

Il ius variandi *nei contratti bancari esiste davvero?*

Sommario: 1. Il *ius variandi* come potere privato – 2. L'eguaglianza dei contraenti nel primo contratto: critica – 3. Il *ius variandi* nei contratti asimmetrici – 4. segue: e in quelli bancari – 5. Provocazione conclusiva.

1. *Il* ius variandi *come potere privato*

Oggi siamo abituati a ragionare di «abuso di libertà contrattuale». E nemmeno da molto tempo. Fa quindi impressione trovare nel volume di Bianca proprio questa espressione, allora certamente poco (ma oggi certamente troppo) in voga: a proposito del fenomeno delle condizioni generali di contratto, e della standardizzazione (tema, allora, al centro dell'attenzione dei civilisti della nuova generazione[1]), Bianca propone soluzioni divenute attualità: consapevole dell'insufficienza della tutela giurisdizionale rispetto al tema dell'abuso della libertà contrattuale, proponeva, allora, modelli di controllo pubblico-amministrativo che, oggi, caratterizzano larghi settori della contrattazione asimmetrica[2]. Secondo Bianca, la «rassegnazione»[3] del singolo alle imposizioni della parte forte [che concepisce, appunto, in termini di «autorità» di fatto] è fenomeno contro cui, in una certa misura, il diritto privato è chiamato a lottare, con strumenti nuovi o con riletture «coraggiose» dei principi tradizionali.

E' una premessa importante, non di rito, per affrontare, su nuove basi, i problemi posti dal *ius variandi* nei rapporti bancari che, a un primo sguardo, si inquadra esattamente nella cornice che Bianca disegnava quarant'anni fa: un'autorità di fatto, da una parte (la Banca); un «rassegnato», dall'altra (il

[1] E. Roppo, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1977 [rist. integrata, 2017].
[2] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 72 ss.
[3] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 77 (il singolo è spesso rassegnato ad accettare imposizioni generali, quali sono quelle realizzate attraverso i contratti standardizzati).

cliente).

In genere, il *ius variandi* è classificato tra i diritti potestativi, che poi vuol dire tra i «poteri» assegnati a una delle parti [dalla legge; dal contratto] per determinare, con un atto unilaterale, una modifica del regolamento negoziale; se «autorità» è potere di imporre ad altri le proprie decisioni[4], rispetto al quale una parte si trova in una posizione di indiscutibile soggezione, il *ius variandi*, così come declinato nelle sue ipotesi tipiche, esprime autorità, se è vero, come è vero, che chi è autorizzato a esercitarlo non deve fare i conti con chi è destinato a subirlo. Non c'è neutralità, in questo potere, ma, semmai, dichiarata parzialità; la parte che ne è titolare, infatti, è portatrice di interessi che, spesso, confliggono con quelli della parte che ne subirà gli effetti (quella, cioè, che guarda con rassegnazione all'altrui decisione modificativa del regolamento originariamente concordato).

Questo potere, a un primo sguardo, sembra ostile ai principi che governano il contratto, inteso nella sua più intima dimensione strutturale[5]: il principio dell'accordo (art. 1321 c.c.) e quello della forza del vincolo contrattuale (art. 1372 c.c.), il cui combinato dovrebbe comportare, per ricaduta logicamente necessitata, il rigetto dell'idea stessa di una possibile modificabilità unilaterale del contratto[6]; eppure è utile a risolvere, nei contratti di durata, il problema della resistenza del regolamento contrattuale al trascorrere del tempo e ai conseguenti mutamenti di contesto e di equilibrio che questo può determinare. Un fenomeno, come si è scritto, «a due facce»: strumento di possibile arbitrio – strumento di possibile efficienza[7].

E' un potere dichiaratamente diseguale, perché nasce sulla diseguaglianza e genera, per così dire, un *surplus* di diseguaglianza: la legge o il contratto lo assegnano alla parte meglio in grado di affrontare una sopravvenienza

[4] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 4: autorità è «potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni».

[5] Sul punto va visto P. Schlesinger, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 18 ss.

[6] Tant'è vero che nel nuovo art. 1193 *Code Civil* francese, la forza obbligatoria del vincolo viene ri-descritta in modo da respingere l'idea stessa di un potere unilaterale di variare il regolamento contrattuale. La disposizione prevede "Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise".

[7] In questo senso si esprime V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 525 s. Scrive P. Gaggero, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, pp. 412-414 che «le disposizioni speciali concernenti il *jus variandi* della banca rappresentano il crocevia, il punto di incontro della disciplina di sistema, dell'impresa, dell'intermediario e del contratto, in cui si contemperano esigenze ed interessi disomogenei che si aggregano attorno al valore della stabilità».

(perché informata) di capirne le conseguenze e di confezionare una nuova regola negoziale, utile per neutralizzare la sopravvenienza e garantire la continuità del contratto (e la sua sopravvivenza).

2. *L'eguaglianza dei contraenti nel primo contratto: critica*

Vorrei aprire, qui, una parentesi: l'idea così diffusa che il codice civile, nella disciplina dedicata al contratto, alle obbligazioni, ai contratti, presupponga (o si ispiri a) un modello egualitario[8], sebbene storicamente fondata, sembra non trovare rispondenza nel quadro codicistico. Non solo non riesco a scorgere un culto delle parità (delle parti contraenti) nel codice civile, ma, anzi, intravedo situazioni e figure che sembrano deporre in senso contrario: il codice preferisce, talvolta, la diseguaglianza dei poteri, quando essa appare uno strumento efficiente di governo del rapporto contrattuale o, perfino, quando essa viene utilizzata (dal legislatore) per favorire la nascita stessa del contratto.

Le parti sono diseguali, e detengono «poteri» diseguali; questo non solo perché il codice civile ha legittimato fenomeni –quali la standardizzazione dei contratti– palesemente divergenti dal modello egualitario, ma anche perché, al di fuori di quel contesto, lo stesso «accordo», cuore del modello classico, nasce nella (e dalla) diseguaglianza, perché i protagonisti del procedimento di formazione si trovano collocati in una posizione di disequilibrio (legislativamente) formalizzato: il proponente è più forte, perché titolare di poteri (procedimentali) rispetto ai quali l'oblato è in stato di totale soggezione, poteri che esprimono, a mio avviso, un'autorità «di diritto» finalizzata al migliore governo del procedimento di formazione del contratto. Alludo ai poteri del proponente[9]: *i*) di fissare un termine per

[8] E. Roppo, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 3, con riferimento al modello codicistico ragiona in termini di «eguaglianza di posizioni giuridico-formali tra i contraenti».

[9] Che il proponente sia titolare di poteri procedimentali tali da metterlo, nel gioco della formazione del contratto, in vantaggio rispetto all'oblato lo notava, efficacemente, G. Gorla, *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 255 ss., che ha dimostrato come la scelta delle regole che presiedono alla formazione del contratto sia determinata «da ragioni di politica legislativa, o che le conseguenza di una scelta di politica legislativa». Da questo punto di vista, il problema della formazione del contratto è fondato «più che sulla logica del consensualismo o dell'incontro dei consensi, o della fusione delle volontà che dir si voglia, (…) sulla tutela delle aspettative di buona fede e sulla composizione degli interessi che ne nascono, in una bilancia che il diritto cerca di attuare nel modo più conveniente o meno imperfetto in un

l'accettazione, o di rinunziarvi; *ii*) di fissare una forma dell'accettazione; *iii*) di sostituire l'accettazione con l'esecuzione della prestazione richiesta; *iv*) di revocare la proposta con uno spazio temporale maggiore di quello concesso all'oblato per revocare l'accettazione[10]. Dov'è il modello egualitario?

Se vacilla l'idea di un «primo contratto» tra eguali, il *ius variandi* non deve essere considerato come una mosca bianca o un fenomeno eccezionale: è un normale strumento di gestione delle sopravvenienze, utilizzato dal legislatore e utilizzabile dalle stesse parti contraenti, anche al di fuori dei casi tipizzati.

Nel quadro codicistico, le fattispecie del *ius variandi* sono disseminate nella disciplina dei contratti tipici, a ulteriore dimostrazione che anche il primo contratto conosce la diseguaglianza di poteri tra le parti: nell'appalto (art. 1661), nel trasporto (art. 1685), nel riscatto (art. 1685), nell'assicurazione sulla vita (art. 1925), nel lavoro subordinato (art. 2103); la forza di questi poteri può essere maggiore o minore, talvolta necessitando di apposita previsione contrattuale, talvolta operando *ex lege*, con presupposti più o meno ampi, a seconda che si preferisca agevolare la modifica (neutralizzando la sopravvenienza) o proteggere la parte che la subisce (ancorando la modifica a presupposti oggettivi ben identificati).

3. *Il* ius variandi *nei contratti asimmetrici*

Nella contrattazione asimmetrica, il *ius variandi* assume rilievo solo nella sua versione atipica, in quanto potere assunto/imposto dalla parte forte mediante clausola contrattuale non negoziata; in questa prospettiva, l'art. 33, c. 2, c. cons. lo identifica tra i possibili contenuti (presunti) vessatori, rimettendo all'interprete un giudizio che, tuttavia, deve tenere conto

dato ambiente storicamente determinato» (*ivi*, p. 273). Non è dunque un assetto tra eguali, ma un assetto nel quale il legislatore distribuisce (anche) poteri finalizzata a incanalare verso l'accordo interessi potenzialmente in conflitto tra loro; su questi aspetti, mi permetto di richiamare A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002.

[10] Nell'idea tradizionale, almeno in quella che sembra ancora prevalere in Italia, la revoca della proposta dovrebbe poter avvenire con spazi temporali maggiori rispetto a quelli della revoca dell'accettazione: per una critica a questo orientamento (ma non basata sull'eguaglianza dei contraenti, bensì su ragioni legate alla protezione dell'affidamento dell'oblato, alla sicurezza dei traffici, ai risultati di un'analisi storico-comparatistica) basta il rinvio a A.M. Benedetti, F.P. Patti, *La revoca della proposta, atto finale? La regola migliore, tra storia e comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 1293-1335.

dell'oggetto del potere di variare e della sua concreta articolazione.

All'art. 33, c. 2, lett. *m)* c. cons. si inserisce tra le clausole vessatorie quella che autorizza il professionista a modificare unilateralmente il contratto «senza giustificato motivo indicato nel contratto»; al successivo art. 33, c. 4, c. cons., dedicato ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, si autorizza il *ius variandi* del professionista, se sussiste un giustificato motivo, anche in relazione alle clausole sui tassi di interesse o qualunque altro onere: il cliente, però ha diritto di recesso successivamente alla comunicazione della variazione.

Da queste disposizioni, è facile trarre l'impressione che, nonostante un apparente sfavore verso questo potere privato fortemente penalizzante per il consumatore, la sua declinazione concreta possa salvarne la validità[11]: predeterminazione dei motivi giustificati, immediata comunicazione, recesso a compensazione della variazione (e concorrenza che assicuri, al consumatore, un'alternativa effettiva sul mercato). Elementi che, se presenti, sembrano, agli occhi del legislatore, ridurre quel disequilibrio normativo generato dall'attribuzione di questo potere al contraente forte, e che, se articolato con i giusti contrappesi, può sfuggire al giudizio di abusività e alla conseguente sanzione di nullità[12], potendo così funzionare come un potere utile all'adattamento del rapporto contrattuale alle sopravvenienze. Il diritto dei contratti asimmetrici, in definitiva, non guarda con sfavore al *ius variandi*, ma registra, disciplinandone le condizioni di legittimità, il fatto

[11] Salvo quando il legislatore vieti in modo drastico la clausola che autorizza il *ius variandi*, come nel caso della subfornitura (art. 6, c. 1, l. 192/1998).

[12] Nel Codice delle Comunicazioni elettroniche (d.legisl. 259/2003), l'art. 70, c. 4, dispone "Il contraente, qualora non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte delle imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, ha diritto di recedere dal contratto senza penali né costi di disattivazione. Le modifiche sono comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni, e contengono le informazioni complete circa l'esercizio del diritto di recesso"; su questo può vedersi A. Zoppini, *Conclusione di un nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale in essere nel Codice del consumo e nel Codice delle comunicazioni elettroniche*, in A. D'Angelo, V. Roppo (diretto da), *Annuario del contratto 2014*, Torino, 2015, p. 100 ss.; nel Codice del Turismo (2011), l'art. 41 dispone "1. Prima della partenza l'organizzatore o l'intermediario che abbia necessità di modificare in modo significativo uno o più elementi del contratto, ne dà immediato avviso in forma scritta al turista, indicando il tipo di modifica e la variazione del prezzo che ne consegue, ai sensi dell'articolo 40. 2. Ove non accetti la proposta di modifica di cui al comma 1, il turista può recedere, senza pagamento di penali, ed ha diritto a quanto previsto nell'articolo 42. 3. Il turista comunica la propria scelta all'organizzatore o all'intermediario entro due giorni lavorativi dal momento in cui ha ricevuto l'avviso indicato al comma 2". Anche qui, un reccesso-rifiuto, con rigida procedimentalizzazione, anche nei tempi, dell'*iter* che può condurre al perfezionamento (o al mancato perfezionamento) della modifica proposta dall'operatore.

che la variazione del regolamento contrattuale è, soprattutto nei contratti asimmetrici, elemento caratteristico non già della patologia, bensì della fisiologia del rapporto contrattuale.

4. segue: *e in quelli bancari*

Nel settore bancario, la disciplina del *ius variandi* è contenuta nell'art. 118 t.u.b: questa disposizione «procedimentalizza» l'esercizio di questo potere, individuandone i presupposti formali e sostanziali.

Esso deve: *i*) essere previsto dal contratto; *ii*) essere assistito da un «giustificato motivo»; *iii*) essere comunicato per iscritto al cliente con un preavviso di almeno sessanta giorni. La modifica del regolamento contrattuale «si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione» (art. 118, c. 2, t.u.b.). L'inosservanza di queste prescrizioni determina l'inefficacia della variazioni che peggiorano la posizione del cliente (art. 118, c. 5, t.u.b.).

Il sistema di pesi e contrappesi delineato dal legislatore trova compimento, a ben vedere, in un procedimento «occulto» di formazione dell'accordo sulla (proposta di) modifica del regolamento contrattuale formulata dalla Banca al proprio cliente[13]: quest'ultimo, infatti, è chiamato a esprimere la propria «approvazione» mediante il mancato esercizio del diritto di recesso lui attribuito dalla legge; disapprova (= non acconsente), recedendo; approva (=consente), non recedendo[14]. E solo col suo silenzio mancato recesso la proposta di modifica diventa contratto e può diventare esecutiva.

Che l'accordo possa formarsi con un mancato rifiuto (qui sotto le

[13] In tal senso A. Fici, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 389, in partic. p. 413 s. Scrive (p. 413) «Saremmo dunque in presenza di uno schema alternativo di formazione di un accordo, pensato appositamente per gli accordi modificativi allo scopo di superare un'eventuale situazione di stallo. Si tornerebbe così, in breve, al dubbio in precedenza sollevato circa la particolarità dello *jus variandi* quando ad essa corrisponda il diritto di recedere e dunque la peculiare configurazione giuridica del binomio *jus variandi* – diritto di recesso». Si v. anche A. Fici, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, p. 59 ss.

[14] La dottrina, peraltro, sembra essersi concentrata soprattutto sui presupposti sostanziali del ius variandi bancario, con riferimento, ad esempio, all'individuazione del «giustificato motivo» (oggetto anche della nutrita giurisprudenza ABF in materia): sul punto si rinvia a A.A. Dolmetta, *Postfazione: cercando i confini del «ius variandi bancario»*, in Id., A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), *Ius variandi bancario*, Milano, 2012, p. 253 s. che sottolinea l'importanza del recesso del cliente, soprattutto in relazione alla stimolazione dell'effettiva concorrenza tra imprese bancarie.

spoglie di un mancato recesso) è schema noto all'ordinamento, che, lungi dall'accogliere una nozione rigida di accordo, ne offre immagini differenti, fondate su sequenze di varia intensità, talvolta più pesanti, talvolta più leggere, capaci di adattarsi alla natura dell'affare, alle scelte dei contraenti, agli strumenti di comunicazioni scelti per contrattare o, anche, alla necessità di assicurare una composizione equilibrata degli interessi in conflitto[15].

Nel settore bancario, il legislatore affida al mancato recesso del consumatore la piena efficacia della modifica introdotta dalla Banca (*rectius* che la Banca propone di introdurre) che, allora, si perfeziona secondo lo schema procedimentale proposta di variazione + mancato esercizio del recesso legale. Non va confuso, quest'ultimo, col recesso di pentimento, concesso, in talune situazioni in cui il contratto si forma con modalità particolari, ai consumatori nel periodo immediatamente successivo alla conclusione del contratto: questo recesso, infatti, opera su un contratto concluso ed efficace. Il recesso-rifiuto del *ius variandi*, invece, opera in un contesto procedimentale, fungendo o da atto che interrompe il procedimento di formazione dell'accordo sulla modifica o da mancato atto che consente la formazione dell'accordo sulla proposta di modifica.

Va da sé che, qui, la proposta che apre il procedimento di modificazione deve essere rispondente al modello delineato dall'art. 118 t.u.b., dovendo quindi recare l'indicazione del «giustificato motivo»[16] e dovendo essere comunicata, per iscritto, con un preavviso di almeno sessanta giorni; se l'uno o l'altro di questi presupposti (il primo squisitamente sostanziale; il secondo più propriamente procedimentale) non sussistono, il procedimento di modificazione nemmeno si avvia e il successivo contegno del cliente non è in grado di perfezionare alcunché (e se la modifica, comunque, è stata fatta divenire esecutiva, il successivo accertamento della mancanza dei suoi presupposti ne determina l'inefficacia).

Ancor di più, l'art. 126-*sexies* (in materia di servizi di pagamento) è segno lampante che il problema del *ius variandi* si risolve con regole di formazione del contratto: in termini più espliciti rispetto all'art. 118 t.u.b., si ragiona, nel contesto dei servizi di pagamento, di «accettazione» da parte del cliente: se previsto dal contratto quadro, il prestatore può modificare le condizioni contrattuali mediante una comunicazione, avente il valore di proposta

[15] Sui nuovi problemi dell'accordo contrattuale va visto il recentissimo studio di G. Conte, Sub *Art. 1326, in Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli,* Milano, 2018, p. 107 ss.

[16] Sul «giustificato motivo» esiste una consolidata giurisprudenza dell'ABF. Per tutti v. Coll. Coord., 26 febbraio 2016, n. 1889, in *Contratti*, 2016, p. 1103: la controllabilità, da parte del cliente, del motivo che giustifica la variazione è funzionale a una sua scelta consapevole in ordine all'atteggiamento da tenere in ordine alla proposta di modifica del contratto.

di modifica, che innesca un procedimento formativo così configurato dal legislatore[17]: se l'utilizzatore non comunica il suo rifiuto entro la data prevista per l'applicazione della modifica, questa si intende accettata.

Qui il *favor* verso il *ius variandi* –potere funzionale non solo all'interesse di chi può esercitarlo, ma anche del sistema creditizio nel suo complesso[18]- si esprime nell'utilizzo di un procedimento leggero di formazione del contratto (quello di cui all'art. 1333 c.c.), al di fuori del suo contesto naturale (legato, notoriamente, al carattere totalmente gratuito della proposta indirizzata all'oblato): ciò consente al prestatore di perfezionare la proposta di modifica anche col mero silenzio dell'utilizzatore, sempre che quest'ultimo, nella comunicazione contenente la proposta di variazione, sia stato avvisato del significato concludente del suo silenzio.

Certo, qui il silenzio perfeziona la proposta di modifica, quando questa comporta oneri per la parte che la subisce; ma ciò, comunque: *i*) tempera il carattere potestativo del *ius variandi* (che, nel suo modello normale, non prevede partecipazioni, neppure nella forma leggera del silenzio, della parte destinata a subirlo) e *ii*) riesce nell'intento di bilanciare la riconosciuta efficienza di questo potere con la concreta possibilità di contrastarne l'utilizzo, sfuggendo, comunque, ai suoi effetti[19].

Questa ricostruzione, che ritengo esatta, è stata recentemente criticata da chi[20] ritiene che, in ogni caso, il contraente debole subisce, comunque, una variazione che non ha voluto, che il contegno omissivo (il mancato recesso, la mancata accettazione) non sia sufficiente a ricondurre la variazione a un suo effettivo consenso, che non si possano usare i procedimenti semplificati di formazione dell'accordo quando quest'ultimo attiene a una modifica

[17] Con un procedimento certamente indisponibile, essendo funzionale all'esigenza di proteggere la parte debole da un esercizi incontrollato e incontrollabile del *ius variandi* del soggetto forte.

[18] Come rileva A. Scarpello, *La nuova disciplina della trasparenza bancario tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in *Contr. e impr.*, 2012, in partic. pp. 236-238, secondo il quale il *ius variandi* «consente di preservare la stabilità del sistema». E' evidente che alle banche deve essere consentito un adattamento dei contratti, in funzione di esigenze generali che travalicano il rapporto col singolo cliente e che, in una certa misura, possono farsi ricondurre alla più generale necessità di proteggere il sistema creditizio nel suo complesso; è anche chiaro, però, che questo scopo ultimo del *ius variandi* non è sempre presente in tutte i suoi possibili utilizzi da parte delle Banche, e, per questo, l'indicazione del «giustificato motivo» (e il suo apprezzamento da parte del cliente prima, di un organo giudicante poi) serve proprio a individuare i possibili abusi di questo potere.

[19] Il sistema, ovviamente, funziona se il destinatario del *ius variandi*, dissentendo nei modi previsti dalla legge, può trovare, sul mercato, alternative concrete e disponibili; perché, se così non fosse, tornerebbe, nei fatti, a dover solo subire, senza scampo, all'altrui potere.

[20] A. Pisu, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, in partic. pp. 119-137.

con effetti sfavorevoli per il destinatario e che, in definitiva, anche nel sistema delineato dal diritto speciale il *ius variandi* è pur sempre un potere unilaterale, per quanto, forse, più «debole»[21].

Il punto, mi pare, è un altro: il legislatore, all'art. 118 t.u.b., identifica l'unico possibile rifiuto col recesso dall'intero contratto (non è possibile, qui, un «rifiuto stragiudiziale conservativo»[22]), quando, all'art. 126-*sexies*, sembra invece, pur in un contesto di non grande chiarezza, che la proposta di modifica debba essere accettata dall'utilizzatore[23].

Se, nel contesto della prima disposizione, il cliente della Banca ha certamente un ridotto spazio procedimentale, poiché, per rifiutare, ha solo la strada del recesso-rifiuto dall'intero contratto, nel contesto della seconda disposizione lo spazio è più ampio, poiché l'art. 126-*sexies* sembra concepire, per l'utilizzatore, l'alternativa tra un rifiuto vero e proprio (che impedisce la variazione) e un recesso dall'intero contratto (che la impedisce egualmente, facendo però venire meno l'intero rapporto negoziale); qui può scegliere, là no. C'è, sì, una differenza di intensità dei due modi[24], procedimentali, di proteggere l'interesse della parte debole (meno protetta, se si vuole, nel contesto dell'art. 118 t.u.b., laddove, per rifiutare la modifica, deve uscire, col recesso, dall'intero contratto), ma questo dato non può sovvertire l'unica ricostruzione possibile del *ius variandi* bancario: che la Banca/fornitore del servizio di pagamento non può modificare unilateralmente il contratto [esercitando quello che, nel contesto dei poteri di modificazione unilaterale riconosciuti dal codice civile, è un vero e proprio potere privato], dovendo passare, affinché la modifica diventi legge contrattuale, attraverso la partecipazione volitiva «procedimentalizzata» dell'altro contraente, vuoi nelle forme del rifiuto-recesso (dal contratto), vuoi nella forme di un

[21] Ancora A. Pisu, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., pp. 118-130. Ma v. già, in tal senso, S. Pagliantini, *Modificazione unilaterale del contratto*, in *Enc. dir. Annali,* VI, Milano, 2013, in partic. p. 505 ss.

[22] Come giustamente osserva S. Pagliantini, *Modificazione unilaterale del contratto*, cit., p. 505.

[23] Scrive su questa disposizione S. Pagliantini, *Modificazione unilaterale del contratto*, cit., p. 506: «(…) una situazione rispetto alla quale pare in effetti possibile configurare un 'dissenso espresso ostativo' che si somma e non si sostituisce al rifiuto-recesso». Conclude però che «non si tratterebbe di un'eccezione così corposa, trattandosi di una vicenda comunque ristretta al solo declinarsi della variatio quale proposta di nuove prestazioni: con un rifiuto riferito perciò soltanto a questi altri servizi, non anche al contratto quadro».

[24] Secondo S. Pagliantini, *Modificazione unilaterale del contratto*, cit., p. 506 s., anche in queste ipotesi c'è, comunque, uno *ius variandi*: «(…) divien facile osservare che l'oblato di una proposta di modifica non può rifiutare sic et simpliciter, né controporre alcunché», sicché prevale, comunque, l'interesse a consentire alla parte forte di variare il regolamento contrattuale, contando, sostanzialmente, sulla rassegnata accettazione da parte del contraente debole (cui rimarrà la sola via della contestazione giudiziale dei presupposti del *ius variandi*).

mancato-rifiuto cui viene assegnato il significato di accettazione.

La parte forte, questo è vero, è titolare di un potere (legale) di iniziativa, diretto ad aprire un procedimento di modificazione il cui esito, però, è incerto e dipende, comunque, dall'atteggiamento dell'altro contraente; ciò che impedisce, appunto, di riferire il *ius variandi* a un atto (comunque) unilaterale della banca[25], che, da sola, non può contare sull'efficacia della modifica.

5. *Provocazione conclusiva*

Se queste è un'analisi esatta, è opportuno rimeditare la natura di questo potere, almeno se esercitato nel contesto di un rapporto bancario: se, infatti, il *ius variandi* è potere di variare, autoritativamente, il regolamento contrattuale senza il consenso dell'altra parte [perché in questa sua essenza autoritaria sta, anche, la sua massima efficienza], attraverso una «decisione» che, per quanto possa dover essere circostanziata, è di una sola parte, e non dell'altra, la configurazione legislativa del *ius variandi* nei contratti bancari/sui servizi di pagamento porta a escludere l'esistenza, in capo alla Banca, di un potere che possa rientrare nell'accolta nozione di *ius variandi*: la Banca non può modificare unilateralmente il regolamento contrattuale; può solo formulare una proposta di modifica che, mediante il meccanismo del silenzio-mancato recesso, può perfezionarsi in contratto solo con una partecipazione volitiva (per quanto procedimentalmente configurata in modo speciale, in un'ottica che, senza dubbio, cerca di preservare la concreta operatività del *ius variandi* come strumento di gestione delle sopravvenienze) dell'altro contraente. Se di volontà si tratta [per quanto configurata dal legislatore in modalità certamente particolari], come tale va trattata, dal punto di vista, ad esempio, della sua formazione (che dev'essere immune da vizi). Sicché si potrebbe concludere, forse eccedendo in provocazione, che, nel settore bancario, il *ius variandi* propriamente detto, a rigore, non esiste.

[25] *Contra* v. A. Pisu, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., p. 130, la quale conclude: «Riteniamo dunque di poter concludere nel senso che – anche nelle ipotesi in cui il *ius variandi* sia associato al diritto di recesso – il mancato esercizio del contropotere ed il silenzio del destinatario della dichiarazione modificativa non incidano sulla fonte della variazione del regolamento contrattuale che è da ravvisare esclusivamente nella volontà unilaterale di colui che esercita il relativo potere».

Mariassunta Imbrenda

Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle Authorities

Sommario: 1. Osservazioni introduttive. Predisposizione unilaterale e assoggettamento di una categoria all'altrui potere contrattuale. Contrattazione asimmetrica. Regolazione come strumento di livellamento delle asimmetrie. I fondamenti assiologici e i limiti funzionali della contrattazione – 2. Gli interventi delle *Authorities* di eterointegrazione del regolamento contrattuale. Il ruolo delle prassi normative promosse dalla Banca d'Italia, dalla Consob e dell'AEEGSI. L'autonomia negoziale quale attività d'impulso – 3. I rapporti di consumo e le competenze dell'Autorità Antitrust: le clausole vessatorie. Le interrelazioni fra competenze dell'Autorità e del giudice. Il ruolo propulsivo delle associazioni rappresentative degli interessi diffusi – 4. Metodologia dialogica tra controllore e controllato per finalità deflattive e correttezza dell'iniziativa economica privata. Il ruolo e la portata della solidarietà e della sussidiarietà orizzontale – 5. Processo di amministrativizzazione e tendenza delle Autorità indipendenti a conformare la regolazione mediante moduli negoziali, anche di tipo corporativo, che esaltano la funzione dell'autonomia. L'AEEGSI. Asimmetria informativa e gradi di approssimazione nella regolazione – 6. Conclusioni. Selezione del potere normativo (anche negoziale) più «abile». Il deficit di legalità sostanziale e predisposizione di strumenti di partecipazione dei soggetti interessati. Le *Authorities* quali organi chiamati a ponderare e bilanciare gli interessi concreti coinvolti nell'attività di negoziazione anche in funzione di una soluzione «partecipativa». Contratto conformato e controllo di meritevolezza.

1. *Osservazioni introduttive. Predisposizione unilaterale e assoggettamento di una categoria all'altrui potere contrattuale. Contrattazione asimmetrica. Regolazione come strumento di livellamento delle asimmetrie. I fondamenti assiologici e i limiti funzionali della contrattazione*

La predisposizione unilaterale delle clausole, proiezione del processo di standardizzazione di beni e servizi proprio della economia di massa, costituisce una delle principali estrinsecazioni «dei poteri autoritari di

fatto», fondati - secondo le parole del prof. Bianca - non «su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale»[1] e, di riflesso, è indice - come ci ricorda ancora Bianca - dell'assoggettamento, e della conseguente diseguaglianza di fatto, di una generalità di contraenti all'autorità contrattuale altrui[2].

Il tema - che oggi si ripresenta sotto la nomenclatura del "contratto asimmetrico"[3] - involge, da una diversa e complementare visuale, quello

[1] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 55 (ora in Id., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti -persone e famiglia -garanzie e diritti reali*, I, Milano, 2002, p. 47 ss.), il quale specifica che questi poteri «possono esprimere l'esistenza di un centro di forza socio-economico che impone le sue decisioni avvalendosi proprio delle composizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati». L'accostamento operato dall'a., tra potere normativo e potere negoziale confuta la originaria alterità tra l'ideale classico di autonomia contrattuale - cui sarebbe estraneo «qualsiasi *imperium* dell'un negoziatore sull'altro, riducendosi così il postulato 'potere' alla mera facoltà dell'uno di *proporre* all'altro con successo un ordinamento (comune)»: così, S. De Fina, voce *Autonomia*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, p. 5 - e la categoria del potere giuridico. Sulla predicazione in termini di potere giuridico della libertà contrattuale, v. le riflessioni di G. Amadio, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 289 ss.

[2] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 63. La grande impresa - osserva l'a., (*Ibidem*, p. 62, nt. 11) - rappresenta come tale un centro di forza che tende a limitare i diritti di libertà di quanti ne vengono in contatto: sebbene l'erogazione di beni e servizi si attui attraverso lo schema del contratto, l'imprenditore giunge in realtà a dettare unilateralmente e uniformemente, imponendo proprie condizioni, il contenuto del rapporto, «arrogandosi in definitiva un potere regolamentare che solo apparentemente è subordinato al consenso dei destinatari» (*Ibidem*, p. 63). Di fronte alla massificazione dei rapporti e alle concentrazioni del potere economico - denuncia ancora l'a. (*Ibidem,* p. 89) - la libertà negoziale dell'individuo, espressa dal convincimento che i singoli siano i migliori giudici dei loro interessi, si rivela del tutto illusoria.

[3] Locuzione invalsa nei primi anni del nuovo millennio (per la quale occorre fare riferimento ai diversi contributi di V. Roppo, ora raccolti in V. Roppo, *Il contratto del duemila*, 3ª ed., Torino, 2011) per designare un paradigma contrattuale nuovo rispetto al "contratto di diritto comune" disciplinato dagli artt. 1321 ss. c.c., riferibile a tutti quei contratti in cui «si fronteggiano due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale: asimmetria che, per il fatto di derivare precisamente dalle rispettive "fisiologiche" posizioni di mercato, si presenta come asimmetria di tipo per l'appunto fisiologico e non patologico»: Id., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, *ivi*, p. 91 ss., spec. p. 102; v. anche, Id., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, *ivi*, p. 65 ss. e spec. 85 ss.; sempre Id., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 269 ss., spec. p. 280, rileva che la debolezza contrattuale dell'agente di fronte al principale, del *franchisee* di fronte al *franchisor*, del cliente di fronte al fornitore, dipende da fattori di mercato socialmente "fisiologici". Per

della regolazione del mercato[4].

Fulcro concettuale è il "potere", tanto da discorrersi alternativamente di "asimmetria di posizioni/poteri contrattuali": al potere "privato" della parte dominante, inteso come possibilità di predisporre "le regole del gioco" (le condizioni del futuro rapporto economico) e di incidere sulla altrui sfera di interessi, fa da contrappeso il potere "pubblico" di regolazione che vede protagoniste le Autorità indipendenti, «entrate a comporre» - secondo le parole della Corte costituzionale[5] - un «nuovo quadro di organizzazione dell'economia e del mercato».

La relazione ("poteri privati" - "potere pubblico") che ne scaturisce -la quale, come si vedrà, sfugge ad una configurazione dicotomica[6]- si radica nella consapevolezza che le posizioni di potere cui le dinamiche del mercato naturalmente tendono finiscono, in assenza di regole e controlli, per innescare (quello che è stato definito) «un inevitabile processo di autofagia che consuma ed elimina la stessa libertà di contrarre»[7]. Occorre pertanto

una compiuta ricognizione del fenomeno e del dibattito dottrinale che ne è scaturito, v. per tutti, A.M. Benedetti, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, p. 370 ss., spec. p. 384 ss.

[4] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 89, rileva chiaramente: «l'ordinamento è sempre meno indifferente a *come* i privati regolano i loro affari», segnalando l'opportunità di un intervento dell'autorità statale volto «a controllare e a delimitare l'esercizio dell'autonomia negoziale anzitutto al fine di salvaguardare la parte debole nei confronti di chi ha i mezzi per abusare di fatto della libera contrattazione».

[5] Corte cost., 23 ottobre 1995, n. 482, con riguardo alla Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, e alla possibile ingerenza della stessa in materie di competenza regionale. In un passaggio della sentenza si afferma che «esse esprimono una funzione di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo».

[6] L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, in F. Brescia, Ead., A. Zoppini (a cura di), *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Napoli, 2012, e in *www.irpa.eu* (da cui si cita), evidenzia nitidamente come, nella dinamica della regolazione del mercato, libertà privata e potere pubblico perdano quelle fattezze un po' rigide e iconiche e si atteggino, invece, alla stregua di elementi prismatici, ricchi di sfaccettature e di capacità evolutiva (p. 4). Sì che l'autonomia privata «si complica, includendo elementi tipici dell'esercizio del potere: il bilanciamento di una pluralità di interessi, la considerazione per il terzo, la procedimentalizzazione della formazione della volontà, il controllo non solo di risultato ma anche di processo»; e il potere pubblico si mostra «sempre meno unilaterale e finalistico», ma «partecipato e condizionale, volto non tanto a conformare in dettaglio le condotte dei soggetti sul mercato, ma piuttosto a stabilire le regole del gioco» (p. 5 s.). Punti di contatto tra potere pubblico e poteri privati sembrano peraltro emergere anche con riferimento ai rispettivi modelli di sindacato: v. G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012.

[7] A. Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. Olivieri, Id., (a cura di), *Contratto e* Antitrust, Roma-Bari, 2008, p. 16.

ristabilire una tendenziale "parità delle armi"[8] tra i contraenti, e orientare l'agire nel mercato verso i risultati allocativi ritenuti socialmente preferibili perché coerenti con il principio concorrenziale[9].

Particolarmente significativo, finanche sul piano semantico, è l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale in alcune risalenti pronunce, ove si pone in evidenza - in linea con la posizione espressa, ancora una volta, dal Maestro qui onorato[10]- la necessità di attuare «anche nei confronti dei poteri privati» il «programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall'art. 3 comma 2»[11], giacché un

[8] Che qui si assume in senso diverso dal principio processuale canonizzato dalla giurisprudenza dell'Unione.

[9] Sul punto, v. ancora A. Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 21. Id., *Diritto privato* vs *diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in V. Roppo, P. Sirena (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Milano, 2013, p. 383, sull'assetto paritario come un risultato cui bisogna tendere per assicurare l'efficiente funzionamento del mercato, frutto di una valutazione e quindi di una correzione procedurale che convoglia e argina l'esercizio del potere privato. Illuminanti le parole di M. Libertini (riportate da G. Pitruzzella, *Regolazione e concorrenza*, in *Astrid Rassegna*, n. 16/2014, p. 2), riguardo allo spostarsi «della politica della concorrenza […] dall'idea dell'intervento punitivo contro comportamenti occasionali, devianti dall'ordine naturale delle cose, all'idea di un intervento amministrativo permanente di promozione della concorrenza contro le tendenze naturali dei mercati ad irrigidirsi nella difesa delle posizioni di potere, individuale e collettivo, che emergono spontaneamente dal processo concorrenziale medesimo». La coessenzialità della *regulation* al mercato viene propugnata da R. Goode, *Il diritto commerciale del terzo millennio* (1998), ed. it. a cura di B. Cassandro Sulpasso, Milano, 2003, spec. p. 65 ss. V. anche *infra*, nt. 19. Sulla conformazione concorrenziale del mercato capitalistico, anche con riferimento al ruolo giocato dallo sviluppo tecnologico, v. le interessanti riflessioni di L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 88 ss., e spec. p. 98 s.

[10] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 8, conduce il tema del dovere di intervento dello Stato *ex* art. 3, c. 2, Cost., sul terreno delle autorità private. Occorre accertare - secondo l'a. (*Ibidem*, p. 8) -se le situazioni di assoggettamento ad un altrui potere autoritario di fatto, ovvero non identificabile con un privilegio di diritto, importi il dovere di intervento dello Stato alla stregua del principio di eguaglianza o se tali situazioni richiedano una tutela del soggetto secondo gli schemi privatistici.

[11] Così, Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, che richiama anche la precedente sent. n. 223 del 16 dicembre 1982; nonché, Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268. In argomento, L. Delli Priscoli, *La diversa protezione di consumatore e imprenditore "debole" e il principio di uguaglianza*, in *http://rivistaodc.eu*, p. 1. Merita di essere menzionata la posizione espressa dalla Corte cost. tedesca nella nota sent. del 19 ottobre 1993 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 197 ss., con nota di A. Barenghi, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata nell'ordinamento tedesco*; cfr., inoltre, l'attenta analisi di G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 34) nel senso che il contratto non può rappresentare il mezzo di dominio dell'uomo sull'uomo perché ciò si porrebbe in antinomia non solo con il fondamentale principio di libertà personale,

ordinamento giuridico democratico e improntato al principio di «parità reciproca»[12], ben difficilmente può tollerare la presenza, all'interno del mercato, di poteri privati di fatto, in grado di ledere o limitare le sfere di autonomia e libertà riconosciute a tutti gli attori economici[13].

Questa emergenza[14], nel quadro degli obiettivi della economia sociale di mercato (cfr., art. 3, c. 3, TUE, che richiama, fra l'altro, lo sviluppo sostenibile, la piena occupazione, il progresso sociale, la qualità dell'ambiente) e, più in generale, dei valori consacrati nel titolo primo del TUE (la dignità umana, il rispetto dei diritti umani, l'eguaglianza, il pluralismo, la non discriminazione, la coesione economica e sociale, ecc.: artt. 2 e 3), è resa ancor più pregnante dalla considerazione che il mercato, a fronte del progressivo arretramento

ma anche con gli ideali dello stato sociale e con il valore della *Privatautonomie* difeso dalla Costituzione.

[12] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 8 e p. 56, si sofferma sul principio costituzionale di eguaglianza nel suo significato di parità reciproca, tale cioè da legittimare in generale l'aspirazione a non essere assoggettati all'altrui autorità di diritto come anche di fatto. Si tratta di un punto nevralgico della intera trattazione, di sicura utilità sistematica anche per chi si proponga - evidenzia P.[ietro] R.[escigno] nella *Presentazione*, *ivi*, p. XII - di controllare il significato ed i limiti della parità di trattamento nel diritto privato, dove è proprio l'«eguaglianza reciproca» il criterio di verifica della legittimità delle «posizioni autoritarie». Sul tema della eguaglianza e del rapporto con la diseguaglianza, decisivo è il contributo di A.K. Sen, *La diseguaglianza*, Bologna, 1994, p. 29 ss.

[13] Un ordinamento democratico non può essere indifferente al problema della forma del mercato - o, per meglio dire, il mercato stesso non può rimanere avulso dalla complessiva costellazione di valori che caratterizzano l'ordinamento giuridico democratico - giacché tale problema intercetta le situazioni di libertà ed eguaglianza riconosciute a tutti gli attori del mercato. Non è dunque il mercato in sé a rappresentare per definizione il luogo che permette di garantire l'agire autonomo dei soggetti in esso operanti, ma solo la sua forma concorrenziale, che è capace di fondare e tutelare la libertà e l'uguaglianza degli attori. Qualora assuma una struttura monopolistica, il mercato si converte invece in luogo della disuguaglianza e del dominio, dell'eteronomia privata, dove la realtà del potere di fatto si cela sotto il velo di un'apparente libertà: per queste considerazioni, A. Zito, voce *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano, 2010, p. 812, e spec. *sub* nt. 28.

[14] Il modello costituzionale di una società basata sulle libertà individuali - osserva P. Sirena, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 110 - ha poco a che fare con l'ordine spontaneo del mercato. Questo modello può realizzarsi soltanto se le libertà «sono inserite in una cornice di regole "forti" di tutela dell'ordine concorrenziale e pluralistico». L'a., richiamando sul punto il tema delle autorità private elaborato da C.M. Bianca, evidenzia che «Dal punto di vista ordo-liberale, l'autoritarismo è sempre e comunque inaccettabile, non solo quando è esercitato dal potere pubblico, ma anche quando esso si afferma di fatto nei rapporti tra i cittadini», sì che compito del potere pubblico è «preservare l'ordine giuridico privatistico dalla formazione di quelle posizioni di potere economico o di autorità di fatto che tendono costantemente a provocare la sua dissoluzione» (*Ibidem,* p. 110).

del *welfare* e degli importanti processi di liberalizzazione delle attività di *public utilities* (trasporti, energia, acqua, telecomunicazioni)[15], è assurto a

[15] Quella che vede i processi di privatizzazione dei beni produttivi (ma, ai fini del presente discorso, tali considerazioni valgono anche per i pubblici servizi) accompagnati da una rilevante e assorbente regolazione (vi è chi discorre - si v. L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo*, cit., p. 31 s. - di «interventismo regolatorio», in nulla dissimile dal precedente «interventismo classico») è solo una contraddizione apparente, «perché sono proprio quelle regole che consentono al nuovo mercato di funzionare»: così, A. Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 19. Del resto, là dove i servizi essenziali (ad es., poste e telegrafi, ferrovie) vengano affidati - come nella società liberale - all'apparato burocratico, *la* autonomia dei privati, lungi dal coincidere con la libertà di concludere ogni possibile contratto, si identifica, più semplicemente, con la libertà di scambiare quei beni e servizi posti nella disponibilità dei privati (sul punto, richiamando Giuliano Amato, v. *Ibidem*, p. 9 s.). Nella prospettiva della sussidiarietà - v. A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 487 s. - si osserva che tali processi non realizzano un ritiro del *welfare*, essendo mossi dalla esigenza di garantire una integrazione tra i mercati ispirata alle regole di piena e libera concorrenza. Sulla componente «sociale» della regolazione finalizzata a garantire il soddisfacimento di bisogni essenziali, mediante il c.d. servizio universale, v. per tutti, S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in M. D'Alberti, G. Tesauro (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001, p. 11 ss. Obiettivo, questo, - puntualizza efficacemente P. Sirena, *Attività di regolazione, clausole contrattuali abusive e sindacato giudiziario*, in F. Francario (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti. Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli*, Milano, 2003, p. 93 - che viene perseguito all'interno dell'economia di mercato. Del resto, a riscontro della vocazione solidaristica e di rilevanza sociale della regolazione delle *Authorities*, basta menzionare il c.d. "servizio di maggior tutela" offerto ai clienti finali ritenuti più deboli (domestici e piccole imprese) e la determinazione dei prezzi di riferimento, come corrispettivo "orientato al mercato" (art. 1, c. 3, d.l. 53/2007, conv. in l. 125/2007). Si tratta di un parametro diverso dal "giusto prezzo" proprio delle pregresse forme di intervento (esempio emblematico è, al riguardo, l'imposizione dell'equo canone nella disciplina dei contratti locativi) a tutela delle classi economicamente e socialmente deboli: il corrispettivo "orientato al mercato" postula infatti la remuneratività per l'attività di impresa e l'efficienza complessiva dello scambio. Merita, ancora, di essere accennata l'adozione da parte dell'AGCom di misure specifiche destinate ad utenti finali disabili (art. 57, c. 1, d. legisl. 259/2003, c.d. Codice delle Telecomunicazioni). Sul mercato come principale meccanismo di regolazione delle attività economiche e di cura degli interessi sociali della collettività, v. R. Natoli, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2013, p. 25 ss. Il mercato abbisogna peraltro, a monte, di un «intervento pubblico redistributore, orientato a fornire garanzia dell'accesso a beni e servizi essenziali anche da parte di chi sia sprovvisto autonomamente di risorse economiche adeguate»: in questi termini, F. Pizzolato, *Scelte private e pubblici interessi: la regolazione dei consumi*, in G. Cocco (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, p. 115, il quale esclude che la libertà del consumatore sia un *a priori* scontato, essendo la stessa libertà di consumare soggetta ai condizionamenti economici che occorre, per l'appunto, rimuovere attraverso l'intervento pubblico redistributore. Il tema è affrontato anche da R.

sede principale e pressoché esclusiva di accesso a beni e servizi strumentali al soddisfacimento dei c.d. «diritti sociali di cittadinanza»[16], presupposto a loro volta di partecipazione del singolo alla vita democratica.

'Benessere sociale' ed 'efficienza economica' si fondono dunque nella dimensione concorrenziale del mercato, fungendo da presupposto e limite assiologico agli imprescindibili interventi regolatori, tra i quali rientra la messa a punto delle regole conformative degli scambi[17]. Diffusa è infatti la

Bin, *I diritti di chi non consuma*, in G. Cocco (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, cit., p. 95 ss., il quale denuncia le distorsioni connesse alla privatizzazione dei servizi pubblici e all'antagonismo che si determina tra solidarietà sociale, servizi pubblici, previdenza sociale da un lato e interessi dei consumatori dall'altro (p. 105 s.). La soluzione ai fallimenti del mercato non si rinviene nell'intervento gestorio della mano pubblica né tantomeno nella redistribuzione della ricchezza collettiva, quanto piuttosto in una funzione di supplenza del diritto regolatorio nei confronti della libertà economica. Compito del decisore pubblico è verificare quali regole e quali provvedimenti possano impedire il precostituirsi di situazioni distorsive dei rapporti concorrenziali, quali possano sopperire a eventuali carenze informative delle parti ovvero prevenire il prodursi di costi sociali, in quali casi sia necessario imporre all'impresa privata oneri di prestazione: per queste considerazioni, A. Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 17 s.; Id., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. Maugeri, Id. (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 9 ss., spec. p. 15. In argomento, v. anche L. Delli Priscoli, *Liberalizzazioni e diritti fondamentali*, Vicalvi, 2016, p. 92 ss.; G. Napolitano, A. Zoppini, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 125 ss.

16 Cfr., G. Ferrara, *L'uguaglianza oggi,* in G. Alpa, V. Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 284 ss.; G. Carapezza Figlia, *I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 440 ss., spec. p. 446 s., anche con riferimento alla partecipazione dei portatori di interessi collettivi nella erogazione dei servizi pubblici, quale manifestazione moderna del "governo democratico dell'economia". Denuncia l'ambiguità e il limite del concetto di "consumatore", P. Perlingieri, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1995, p. 97 ss., ora in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 308 s. (da cui si cita), il quale puntualizza che il consumatore non sempre è debole, e che «il problema del consumatore si pone in maniera differenziata in relazione ai diversi settori (finanziario, alimentare, informativo, sanitario ecc.), perché diverse sono la natura e la rilevanza dei beni e delle condizioni soggettive» (p. 312).

17 Il cambiamento morfologico del contratto da «regola autonoma» a «tecnica» di realizzazione di finalità generali (V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 487) già traspare dalla normativa speciale degli anni '70 e '80, in materia di equo canone, rapporti agrari, rapporto di lavoro subordinato, specchio «della realizzazione per via legislativa degli obiettivi di giustizia sociale»: così, F. Macario, *L'autonomia privata*, in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 183. La locazione ad uso abitativo è, insieme

alla costituzione di società cooperativa (cioè con scopo mutualistico: art. 2511 c.c.) e al contratto di trasporto pubblico di persone (art. 1679 ss. c.c.), indicata da P. Perlingieri, *L'incidenza dell'interesse pubblico*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 63 (già in *Rass. dir. civ*., 1986, pp. 933 ss.), come una delle ipotesi emblematiche di predisposizione originaria, all'interno della funzione del contratto, dell'interesse pubblico che, nella prospettiva della legalità costituzionale, è sintesi ed attuazione equilibrata dei valori delle persone consociate nell'unità dei loro diritti e dei loro doveri, sì da non poter confliggere con quello privato e risultare fisiologicamente presente in ogni attività giuridicamente rilevante, di per sé funzionalizzata anche al perseguimento di obiettivi di carattere generale (*Ibidem*, p. 58); Id., *Il diritto agrario tra pubblico e privato*, in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1988, p. 265 (e in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 698 ss.); Id., *«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 214; nonché P. Perlingieri, A. Federico, *Autonomia "privata" e pubblica amministrazione*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 7ª ed., Napoli, 2017, p. 443. P. Femia, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 134, esclude che vi sia collisione o indifferenza, quanto piuttosto coordinamento e strumentalità dell'interesse generale rispetto al privato, «come è richiesto dall'unità dell'ordine giuridico». Il punto di distacco rispetto a quella stagione va dunque ricercato non nell'impiego in funzione correttiva del contratto in sé considerato, in quanto cioè strumento per il perseguimento di fini ultraindividuali; bensì nel diverso tipo di finalità, all'epoca rivolto a ristabilire equi rapporti sociali sul presupposto che il mercato è di per sé fonte di distorsioni e come tale deve essere "guidato" secondo una *ratio* politica alternativa, coerente con le istanze solidaristiche enunciate all'art. 2 cost.; sì che misure di intervento pubblico "nella" economia (gestione diretta di comparti rilevanti dell'economia; introduzione di strumenti conformativi quali sussidi, incentivazioni, prezzi coordinati) e controllo correttivo sul contratto convergono in tale direzione e concorrono nella regolazione (in funzione redistributiva) del mercato. Ancora una volta l'eterointegrazione si conferma "tecnica di governo delle scelte private" [V. Ricciuto, *Regolatori del mercato, eteronomia del contratto*, in E. Picozza, V. Ricciuto, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, p. 273. Sul governo del contratto come una forma di governo dell'economia, M. Grondona, *Poteri dell'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente sentenza)*, in A. D'Angelo, V. Roppo (a cura di), *Annuario del contratto*, Torino, 2012, p. 52], destinata ad incidere su condizioni di debolezza contrattuale, le quali sono non più di matrice (esclusivamente) socio-economica, quanto piuttosto "tecnica" e "seriale", ascrivibile cioè a disinformazione, luoghi e modalità di negoziazione, pratiche sleali delle imprese, dipendenza economica (D. Simeoli, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Leggi d'Italia*, 2014, p. 6). Sulla definizione "funzionale" della autonomia contrattuale all'interno del modello dello Stato regolatore, v. l'analisi di A. Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 16 ss., spec. p. 21, ove si evidenzia: «Dalla definizione del mercato, e in ragione degli interessi che in esso debbono trovare tutela, discendono per conseguenza le regole e i comportamenti che plasmano le dinamiche contrattuali». Per M. Libertini, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. sc. giur.* 2010, p. 63 ss., cui *adde* M. Maugeri, *Autorità indipendenti e contratto*, in E. del Prato (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, II, Napoli, 2013, p. 1314 ss., il limite finalistico della delegificazione prodotta dalle Autorità va rinvenuto nelle linee direttrici

consapevolezza dell'indissolubilità tra le nozioni di contratto e di mercato, e della conseguente ontologica circolarità tra le regole dell'uno e dell'altro[18]. Nel mercato - ci ricorda efficacemente R. Coase[19]- si rinviene il luogo di allocazione delle risorse economiche e, ancor prima, della contrattazione, sì che se, per un verso, il contratto «appare come un'inevitabile necessità»[20], giacché soltanto per il suo tramite possono trovare soddisfacimento le esigenze di categorie soggettive variamente individuate (cittadini, utenti, consumatori)[21], per altro verso, l'intervento pubblico "sulla" economia converge nel controllo eteroregolamentare sull'autonomia contrattuale[22].

di matrice ordoliberale dell'ordinamento europeo (art. 3, comma 3, Tratt.), quali la tutela e promozione della concorrenza e la tutela del consumatore. Direttrici che, tuttavia, all'indomani del Trattato di Nizza, non possono rilevare indipendentemente dal valore della persona umana (cfr. Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), tanto da registrarsi una vera e propria «consonanza tra i valori prevalenti della Costituzione italiana e dell'ordinamento comunitario», sì che -conclude efficacemente E. Capobianco, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, p. 133 - «con l'eliminazione delle contraddizioni e l'unificazione dei valori caratterizzanti i diversi sistemi normativi, l'ordinamento interno e comunitario tendono a divenire un unico ordinamento di riferimento». Le nuove finalità della Unione europea incidono sul mercato e finiscono con il giustificare tutta una serie di interventi e di legislazioni premiali: P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 525.

[18] Così, P. Perlingieri, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 883 (anche in P. Corrias (a cura di), Liber amicorum *per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, I, Milano, 2013, p. 273 ss.). Le connessioni funzionali tra contratto e mercato sono evidenziate anche in Id., *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, p. 326.

[19] Per R. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006, p. 48, «I mercati sono istituzioni che esistono al fine di facilitare gli scambi», ovvero «per ridurre i costi di conclusione delle transazioni». L'illustre economista rileva inoltre che gli esempi solitamente addotti come mercati perfetti e concorrenza perfetta -si pensi alle borse merci e alle borse valori -siano in realtà mercati in cui le transazioni (a prescindere da ogni possibile regolamentazione governativa) sono altamente regolate, sì da ritenere «corretto pensare che se esiste qualcosa che si avvicina alla concorrenza perfetta, essa richieda normalmente un complesso sistema di norme e regolamenti» (*Ibidem*, p. 49).

[20] L'espressione è di A. Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 17.

[21] V. Ricciuto, *Regolatori del mercato, eteronomia del contratto*, cit., p. 273 s., il quale insiste sulla valenza ultraindividuale dei fini che il contratto eterodeterminato persegue. L'a. rileva che lo Stato regolatore eleva il contratto a «fonte "suprema" delle regole degli scambi», ma «non rinuncia alla conduzione dell'andamento generale dei mercati e partecipa sotto spoglie diverse al fenomeno dell'economia», ricorrendo cioè ad «operazioni di conformazione ed orientamento di quei contratti verso finalità ultraindividuali».

[22] Sulla interazione fra conformazione delle autonomie e funzionamento del mercato, L. Di Nella, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 432. Sul ruolo nevralgico del contratto, che assurge a fonte di diritto, F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 1976, p. 214 ss. In argomento, v. A. Lasso, *Crisi della legge e*

2. *Gli interventi delle* Authorities *di eterointegrazione del regolamento contrattuale. Il ruolo delle prassi normative promosse dalla Banca d'Italia, dalla Consob e dell'AEEGSI. L'autonomia negoziale quale attività d'impulso*

In questa prospettiva, gli strumenti di autonomia vengono "conformati" e "modulati"[23] in maniera sempre più incisiva dai *dicta* delle *Authorities*[24].

autorità del mercato, in P.B. Helzel, A.J. Katolo (a cura di), *Autorità e crisi dei poteri*, Padova, 2012, p. 71.

[23] Sul punto, E. Capobianco, *Lezioni sul contratto*, cit., p. 127 ss., spec. p. 132, reputa «più coerente pensare [..] ad una conformazione-modulazione» delle "autonomie", in base ai valori prevalenti nell'ordinamento. Sul modo di atteggiarsi dei poteri conformativi, «i quali oscillano dalla prescrizione di "un contenuto tipico determinato" alla definizione di clausole particolari "da inserire" obbligatoriamente nei contratti», cfr., inoltre, F. Macario, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 206.

[24] È proprio l'effetto conformativo indotto da qualsivoglia *dicta* delle Autorità a costituire -secondo G. De Nova, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 60 s. - il fenomeno significativo della normazione delle autorità indipendenti. Ha portata sostanzialmente normativa l'attività che si esplica attraverso istruzioni, suggerimenti, pareri, linee guida - con riferimento alla controversa funzione regolatoria delle linee-guida e alla rilevanza in ordine alla costruzione del regolamento contrattuale dei bandi tipo e dei contratti tipo predisposti dall'ANAC, v. A. Federico, *Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative indipendenti. Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 818 ss. - che, pur non vincolanti, finiscono comunque per rivestire un notevole valore e produrre, di fatto, un effetto conformativo sui comportamenti dei destinatari: si pensi, a titolo meramente paradigmatico alle «lettere al mercato» (ex «circolari») dell'Ivass tese a esternare la posizione dell'Istituto in merito a determinate questioni (una tra le più recenti e significative è quella del 3 aprile 2017, la quale "raccomanda" alle imprese di attivare, nel caso di polizze abbinate ai finanziamenti, adeguate procedure per la restituzione in caso di estinzione anticipata parziale del rateo di premio non goduto). Né può trascurarsi di considerare l'attività c.d. di «regulation by litigation». L'espressione - per la quale, v. A.P. Morris, B. Yandle, A. Dorchak, *Regulating by Litigation: The EPA'S regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in 56 Administrative Law Review (2004), p. 404 - designa quell'insieme di decisioni emesse dalle Autorità di settore a seguito di una determinata controversia che, per l'elevato valore che assumono, finiscono per orientare, integrare, correggere norme già poste, di guisa che la decisione assume interesse anche per i soggetti che non sono parte della controversia. La tematica del «regolare giudicando» è affrontata da S. Lucattini, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, p. 232 s.; v., anche, M. Libertini, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2012, p. 66. Sulla regolazione settoriale insita nella funzione giustiziale, M. Ramajoli, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 1 ss. Sui contorni sostanzialmente normativi dell'attività esercitata dalle autorità indipendenti, essendo le

Gli esempi attengono, in primo luogo, ai c.d. mercati regolati, nei quali la predisposizione del contenuto contrattuale è sottratta ai sopra richiamati «centri di forza» privati e fa sostanzialmente capo alle rispettive Autorità di settore, tanto da discorrersi di «contratto amministrato»[25].

stesse investite di poteri ampiamente discrezionali, F. Merusi, M. Passaro, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, IV, Milano, 2002, p. 178; con riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, G. Della Cananea, *La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali*, in *Ist. fed.*, 2008, p. 836 s.; con riferimento al Garante della *privacy*, P. Bilancia, *Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. Labriola (a cura di), *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1999, p. 147 ss.; e, con riferimento al regolamento di soluzione delle controversie dell'AGCM, v. A. Zoppini (a cura di), *Tra regolazione e giurisdizione. In ricordo di Antonio Preto*, Roma, 2017. Di «deriva regolatoria» discorrono L. Berti, A. Pezzoli, *Le stagioni dell'*antitrust, Milano, 2010, p. 66 s., in particolar modo con riferimento alla attività dell'Autorità *Antitrust* che si concretizza nelle decisioni con impegni (art. 14-*ter*, l. 287/1990), mediante le quali vengono ad essere elaborate proprie politiche di settore. In questo caso, come nei procedimenti di competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, le misure adottate si collocano «a metà strada tra le agevolazioni e le sanzioni che finiscono per avere una colorazione latamente regolatoria nella misura in cui appaiono rivolte ad introdurre un nuovo elemento di *deterrence*, integrativo degli altri strumenti di cui si avvale l'ordinamento *antitrust*, che opera nel senso di scoraggiare la formazione di cartelli»: così, G.D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in Id. (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, p. 7, il quale, guardando in generale, al «variegato campo delle sanzioni inflitte dalle autorità amministrative indipendenti», rileva la tendenza che, fra l'altro, «rende recessivo il profilo afflittivo, e dunque l'interesse all'irrogazione di una sanzione esemplare, rispetto al perseguimento del generale obiettivo del miglioramento delle condizioni dei settori regolamentati». Le sanzioni -v. al riguardo la delibera n. 144 del 2 ottobre 2008, dell'AEEG (ora AEEGSI), recante *Linee guida sull'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481-* appaiono, in buona sostanza, «sempre più strumentalmente legate all'efficace attuazione delle politiche regolatorie del mercato o settore di riferimento» (Id., *o.l.u.c.*). Alla regolazione quale risultato ultimo delle altre funzioni delle quali sono investite le Autorità, fa accenno S. Lucattini, *Rivalità e coordinamento nel settore dei servizi pubblici*, in G. Morbidelli, S. Antoniazzi (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata dei servizi pubblici locali*, Torino, 2017, p. 86, nota 113, che, sulla scorta di alcune pronunce (Cons. St., 20 ottobre 2004, n. 6901, ove si afferma che la sanzione irrogata dall'Autorità per l'energia mira «a raggiungere anche finalità regolatorie del settore»; Tar Lombardia-Milano, 10 settembre 2009, n. 4638, che definisce la potestà sanzionatoria «strumentale alle "regolazione" del mercato di riferimento»), discorre di potestà sanzionatoria in termini di «strumento ancillare della regolazione».

[25] V., sul punto, G. Gitti, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in Id. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 94 ss.; e, in prospettiva diacronica, v., G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 160 s., che indica il "contratto amministrato" tra le espressioni «nelle quali si rifrange anche la qualificazione del contratto come *asimmetrico*». La estraneità degli «atti dispari e insuscettibili di

Si pensi al potere della Banca d'Italia di definire le informazioni e condizioni che, a pena di nullità, devono essere riportate in modo chiaro e conciso nei contratti di credito (art. 125-*bis* T.U.B.)[26]; o a quello, ben più

negoziazione» dall'area del potere autonomo, intesa come area della «negoziazione», ovvero della «negoziabilità dell'accordo» (che si assume essere tratteggiata dall'art. 1322 c.c.): M. Orlandi, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 65 ss., spec. p. 74 s.), porta a distinguere la protezione dell'*an*, ossia della libertà economica di scambiare, dalla protezione del *quomodo*, ossia della libertà di disciplinare negoziando, sì da aversi decisioni di compiere atti economici e di stringere affari largamente eterodeterminati nel *quomodo*, come i contratti sui servizi pubblici essenziali. Analoghe considerazioni possono farsi a proposito dei regolamenti contrattuali predeterminati unilateralmente dalle imprese e ripetuti in una serie indefinita di rapporti, che «scandiscono», secondo il sistema di produzione capitalistico, l'organizzazione della vita materiale di ciascuno: sul punto, A. Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 15 s.

[26] Con conseguente eterointegrazione, analogamente a quanto prevede l'art. 117, c. 7, T.U.B. per la generalità dei contratti bancari, fermo restando che il meccanismo *ex* art. 125-*bis* T.U.B. citato è destinato ad assorbire, oltre agli interessi, anche tutte le altre componenti del costo del credito. Cfr., al riguardo, P. Sirena, D. Farace, *I contratti bancari del consumatore*, in E. Capobianco (a cura di), *I contratti bancari*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2016, p. 288. L'art. 125-*bis*, c. 6, T.U.B., prevede infatti la nullità di clausole relative a costi a carico del consumatore non inclusi o non correttamente inclusi nel Taeg pubblicizzato, come pure nel Taeg contrattualmente indicato a parte, in ragione del fatto che qualsiasi costo, che concorre a formare il costo complessivo del credito, deve essere necessariamente inserito nel Taeg allo scopo di dare al risparmiatore - consumatore la possibilità di comparare, con avvedutezza, le varie offerte del mercato e orientarsi quindi consapevolmente nella scelta del soggetto finanziatore. Ne consegue una forma di integrazione legale (quale è quella prevista dal successivo comma 7), con applicazione del tasso nominale sostitutivo: il che significa che il Taeg equivarrebbe al tasso nominale di Bot o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministero dell'Economia emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Al riguardo, in una recente decisione del Collegio di Coordinamento dell'Abf (cfr., dec. n. 1430 del 18 febbraio 2016) concernente le polizze c.d. *credit protection* incluse nel contratto di finanziamento, si è stabilito che: «in un contratto di finanziamento concluso con un consumatore, il costo di una polizza assicurativa obbligatoria deve essere incluso nella clausola di determinazione del Taeg. Se questo non avviene, la clausola è affetta da nullità ai sensi dell'articolo 125 *bis*, comma 6, Tub e di conseguenza diventa applicabile il tasso sostitutivo legale previsto dal comma 7 della medesima disposizione». Rimane aperto il problema di stabilire se anche il costo legato alla clausola assicurativa facoltativa debba essere riportato nel Taeg e, al riguardo, sulla scorta dell'art. 121, c. 2, T.U.B. le disposizioni di Banca d'Italia su "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti", nella versione del 9 febbraio 2011, prevede che «nel Taeg sono inclusi i costi, di cui il finanziatore è a conoscenza, relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito e obbligatori per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni offerte». Tale previsione non può che essere interpretata secondo la *ratio* voluta dal legislatore di fare in modo che, specialmente quando il risparmiatore ha necessità di mettere insieme alcuni

incisivo, di «prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato» (art. 117, c. 8, T.U.B.)[27], che configura una vera e propria «tipizzazione amministrativa» del contratto. Ancor più marcato, per ragioni di ordine pubblico economico, è il potere di «tipizzazione» del quale è investita la Consob, cui compete non soltanto di dare un contenuto tipico ai contratti *future*s e *options,* ma ancor di più di determinarne la stessa ammissione alle negoziazioni e le relative scadenze in positivo». Gli strumenti contrattuali/titoli oggetto di negoziazione costituiscono pertanto un numero chiuso tipizzato anche nel contenuto, sì che all'autonomia privata residua un mero potere di impulso nel formulare e immettere nel sistema telematico di negoziazione una proposta di acquisto

preventivi per poter scegliere consapevolmente quello di preferenza, gli venga offerto un quadro complessivo ed esaustivo dei costi e delle spese, tanto più che l'assicurazione, per quanto facoltativa, potrebbe incidere non poco nella scelta perché al di là del costo c'è la sua effettiva e qualitativa portata la quale concorre in via essenziale e determinante della scelta. In tal modo il rischio di un mercato grigio della trattativa viene neutralizzato, includendo nel Taeg anche i costi facoltativi. L'Abf Collegio Roma, 13 aprile 2015, ha stabilito che i costi relativi alla polizza sottoscritta dal mutuatario in quanto prevista dell'art. 2, c 3, lett. *d*), d.m. Tesoro, 8 luglio 1992, devono essere ricompresi nel calcolo del Taeg, a nulla rilevando che il modulo prestampato dall'intermediario rechi la qualificazione di tale polizza come "facoltativa".

[27] La *ratio* va rinvenuta nel garantire al cliente che a determinati *nomina* contrattuali corrisponda un certo contenuto (non soltanto economico *ex* art. 117, c. 4, T.U.B. ma anche giuridico: in questi termini, G. De Nova, *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, comma 8, del testo unico*, in Aa. Vv., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, Roma, 1997, p. 67, il quale specifica che la Banca d'Italia può prescrivere essa stessa direttamente il contenuto o farlo *per relationem*, rinviando a quanto elaborato dall'ABI. L'autorità di vigilanza (v. art. 9, delibera Cicr del 4 marzo 2003) assume, ad esempio, l'indicazione dell'ISC ad elemento tipico del contratto di finanziamento, la omessa indicazione del quale comporta -secondo un orientamento dei giudici di merito -la nullità del contratto per la mancanza dei requisiti minimi di trasparenza voluti dal legislatore: così, Trib. Napoli, 25 maggio 2015, n. 7779, che ha escluso possa sopperire l'indicazione de*gli elementi che concorrono alla determinazione di tale parametro*. V., inoltre, Trib. Benevento, 31 ottobre 2015; e Trib. Chieti, 23 aprile 2015, n. 230. L'errata indicazione dell'ISC o del TAEG (per il credito al consumo) comporta invece la nullità della sola clausola afferente gli interessi, *ex* art. 117, c. 6, T.U.B. Di «tipizzazione amministrativa» del contratto discorre anche R. Costi, *L'ordinamento bancario*, 2007, p. 481. Tale potere si traduce anche nel recepire, e dunque tipizzare, le nuove operazioni elaborate dalla prassi e, di riflesso, nell'ostracizzare eventuali altre operazioni divenute nel frattempo socialmente tipiche: in questo senso, V. Buonocore, *Riflessioni a margine del nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca impr. soc.*, 1994, p. 171 ss.

o di vendita destinata ad essere gestita dal sistema medesimo[28].

Si pensi altresì alle determinazioni dell'AEEGSI (art. 2, c. 12, lett. *h*, l. 481/1995) circa i livelli minimi di qualità del servizio (cfr., direttiva adottata con delibera 200/1999), le quali «costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio» che gli esercenti sono tenuti a predisporre e ad osservare nello svolgimento del rapporto con gli utenti (art. 2, c. 37, l. 481/1995). La S.C.[29] ha statuito che l'integrazione, *ex* art. 1339 c.c., del

[28] G. Gitti, voce *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, p. 135, il quale pone in risalto le ragioni legate non semplicemente alla generica tutela della posizione contrattuale del contraente investitore quanto, attraverso di essa, alla salvaguardia dell'interesse individuale e generale alla tutela costituzionale (art. 47 Cost.) del risparmio in tutte le sue forme. Rilevano a tal fine due recentissime pronunce di legittimità mediante le quali è stato chiarito che gli obblighi di informazione «attiva» circa le singole operazioni di investimento che discendono dalle prescrizioni di legge (art. 21 ss. t.u.f.) e dalle correlate norme attuative della Consob appartengono alla «fase endocontrattuale del rapporto» e finiscono per essere «incorporati per via di integrazione nel contenuto tipico del contratto» e la loro mancata osservanza incide ai fini del giudizio di meritevolezza *ex* art. 1322, c. 2, c.c. degli specifici derivati stipulati. In questi termini Cass., 23 maggio 2017, n. 12937; Cass., 31 luglio 2017, n. 19013.

[29] Cfr., Cass., 27 luglio 2011, n. 16401, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 896, con nota di M. Angelone, *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*; e in *Giur. it.*, 2012, p. 1559, con nota di G. Rispoli, *Asimmetrie contrattuali e limiti all'eterointegrazione normativa*, e, segnatamente, quel passaggio *dell'iter* argomentativo nel quale si evidenzia come proprio in vista della funzione protettiva dell'utente le determinazioni dell'Autorità non possono integrare, a monte, le sole condizioni generali del contratto di servizio, ma devono incidere, a valle, sui contratti di utenza individuale. La controversia ha riguardato le modalità gratuite di pagamento delle bollette elettriche. L'allora AEEG impose, con la delibera 200/1999, al gestore «di offrire al cliente almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta» (art. 6, c. 4). L'Enel provvide a ciò solo nel 2004, attivando appositi uffici su scala provinciale. Nelle more, alcuni utenti agirono in giudizio contestando l'inadempimento e chiedendo il risarcimento di un euro, pari al costo indebitamente sopportato nell'effettuare il pagamento a mezzo bollettino postale. La Corte - chiarito che le norme di regolazione possono derogare, purché in favore dell'utente, a norme dispositive di legge (nel caso in questione, l'art. 1196 cod. civ., che pone a carico del debitore le spese occorrenti per il pagamento) ma non a norme imperative, dato il carattere subordinato delle stesse rispetto alla legge [si v., al riguardo, le osservazioni critiche di M. Grondona, *Poteri dell'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente sentenza)*, cit., p. 61 s.] -, ha tuttavia respinto le domande risarcitorie, adducendo che la citata delibera n. 200/1999, configurava una «prescrizione del tutto inidonea ad integrare una clausola di contenuto determinato», lasciando «al concessionario il potere di […] prevedere più di una modalità» e di «individuare gli stessi termini della modalità gratuita». In sostanza, dal momento che la modalità gratuita di pagamento non era esclusiva, non avrebbe potuto operare la deroga all'art. 1196 cod. civ., con conseguente applicazione dell'art. 1182, comma 3, ove si prevede che le spese connesse all'adempimento gravano sul debitore. In senso conforme, v. anche

regolamento di servizio - che rappresenta sostanzialmente le condizioni generali di contratto alle quali debbono adeguarsi i contratti di utenza - si risolve in via mediata in una integrazione autoritativa dello stesso contratto». O, ancora, al potere dell'Anac (art. 71, d. legisl. 50/2016, nuovo Codice dei contratti pubblici) di adottare «bandi-tipo» in conformità dei quali «devono essere redatti» i bandi di gara, allo scopo di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti, uniformandone le condotte[30].

Infine, in un'ottica di delegificazione, non può non segnalarsi il ruolo del Ministero dello Sviluppo Economico nella "modellizzazione" dello statuto e dell'atto costitutivo della *start up* innovativa (cfr., il modello standard approvato con d.m. MISE, 17 febbraio 2016, attuat. dell'art. 3, c. 10-*bis*, d.l. 3/2015, convertito, con modificazioni, dalla l. 33/2015).

3. *I rapporti di consumo e le competenze dell'Autorità Antitrust: le clausole vessatorie. Le interrelazioni fra competenze dell'Autorità e del giudice. Il ruolo propulsivo delle associazioni rappresentative degli interessi diffusi*

La riflessione investe nondimeno la materia dei rapporti di consumo. Le nuove competenze assegnate all'Autorità Antitrust riportano all'attenzione la questione - anticipata nelle dense pagine di Bianca[31] - della sottoponibilità delle

Cass., 27 giugno 2012, n. 10730; Cass., 13 luglio 2012, n. 11992; Cass., 28 luglio 2011, n. 16519; Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, sulle quali si sofferma, con una approfondita analisi, M. Grondona, *Poteri dell'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente sentenza)*, cit., p. 38 ss. Cfr., inoltre, la disamina di D. Farace, *Art. 1339 cod.civ., provvedimenti delle Autortià indipendenti ed eterointegrazione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 656 ss. Da ultimo, ribadisce che il Regolamento dell'Autorità può integrare direttamente il regolamento di servizio e indirettamente il contratto di utenza, con riferimento a norme dispositive civilistiche, come quelle relative alle modalità di pagamento, Cass., 2 febbraio 2016, n. 1806, in *Contratti*, 2016, p. 999 ss., con commento di D. Fauceglia.

[30] L'Anac, ai sensi dell'art. 213, c. 2, del citato Codice, è titolare di analoghi poteri in merito ai «capitolati-tipo» e i «contratti-tipo»: cfr. delibera Anac 618/2016 che individua le clausole-tipo «da inserire obbligatoriamente nei contratti per l'affidamento di servizi assicurativi». Sul punto, per tutti A. Federico, *Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative indipendenti*, cit., p. 818 ss.

[31] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 75, prospetta un intervento pubblico in forma di *controllo amministrativo* delle condizioni generali di contratto, nei termini di una preventiva autorizzazione, o anche di controllo successivo, senza escludere comunque una decisione ultima da parte degli organi giurisdizionali. L'inconveniente insito in questa form a di intervento -rileva tuttavia l'a. (*Ibidem*, p. 76) - sta nell'«affidare ad organi

condizioni generali di contratto a controllo giudiziario e/o amministrativo e dei limiti insiti in ciascuno di questi, stante la portata «superindividuale»[32] dell'attività di predisposizione delle condizioni medesime.

La novella del 2012 al codice del consumo (art. 37-*bis*, introdotto dall'art. 5, d.l. 1/2012 sulle liberalizzazioni, conv. in l. 27/2012), apre ad un controllo amministrativo, anche in via preventiva, del contenuto delle clausole vessatorie e/o abusive[33]. Tale controllo - i cui prodromi sono rinvenibili nel processo avviato qualche anno prima con la riforma delle Camere di Commercio (d. legisl. 23/2010), che ha dato luogo alla istituzione delle "Unità di regolazione del mercato", deputate al controllo di vessatorietà delle condizioni generali di contratto[34]; e che potrebbe avere un ruolo ancor più significativo, là dove se ne ipotizzasse l'estensione all'ambito delle "microimprese"[35] - non preclude un accertamento di vessatorietà successivo alla stipulazione del contratto e fa salva, in ogni caso, la giurisdizione del giudice ordinario[36] sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno (art. 37-*bis*, c. 4, c. cons.). Occorre segnalare come la percorribilità di un duplice controllo fosse stata già indicata da Bianca, là dove si riferisce - testualmente - ad un «*controllo amministrativo* delle condizioni generali di contratto, nei termini di una preventiva autorizzazione della pubblica amministrazione o anche di un controllo

amministrativi un potere che, se vuole essere efficace, diviene eccessivamente discrezionale in ordine alla disciplina dei rapporti privatistici». Peraltro la stessa tutela giurisdizionale (rimessa all'autorità giudiziaria ordinaria ovvero ad una giurisdizione speciale) contro abusi di categoria «non sembra essere sufficientemente efficace» anche «per la difficoltà di un apprezzamento che involga un fenomeno superindividuale» (*Ibidem*, p. 77).

[32] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 77.

[33] In argomento, S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, 2ª ed., Torino, 2015, p. 199 ss.; C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *juscivile*, 2013, p. 305 ss.; E. Posmon, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie: luci e ombre di un modello di controllo*, in *Nuove leggi civ.*, 2013, p. 823 ss.; E. Battelli, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in Consumerism *2012. Quinto rapporto annuale*, Università degli Studi di Roma Tre (Facoltà di Economia) - Consumers' Forum, Roma, 2012, p. 59 ss.]; M. Angelone, *La nuova frontiera del* «public antitrust enforcement»: il controllo amministrativo dell'Agcm avverso le clausole vessatorie, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 9 ss.; M. Zarro, *Poteri indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Napoli, 2015, p. 188 ss.

[34] C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., p. 308.

[35] Sul punto sia consentito rinviare a M. Imbrenda, *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Napoli, 2016, p. 103.

[36] Si rinvia, sul punto, a D. Valentino, *La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria*, in *Persona e mercato*, 2016, p. 152 ss.

successivo, che non escludono comunque una decisione ultima da parte di organi giurisdizionali»[37].

Particolare rilievo assumono, in questa prospettiva, il procedimento che l'AGCM segue ai fini della dichiarazione di vessatorietà e l'interpello preventivo che le imprese interessate possono richiedere alla stessa Autorità in merito alla vessatorietà di clausole che intendono utilizzare nei rapporti con i consumatori. A tal fine, l'impresa predisponente deve indicare «compiutamente le ragioni e gli obiettivi che motivano l'inserimento della singola clausola, la sua non vessatorietà, anche in relazione all'eventuale rilevanza di altre clausole contenute nel medesimo contratto o in altro contratto al quale il primo è collegato o dal quale dipende, nonché le modalità o circostanze in cui avverrà la negoziazione e la conclusione del contratto» (art. 24, c. 2, reg. sulle procedure istruttorie del. AGCM 25411/2015).

La valutazione, che l'Autorità effettua sulla base della «propria competenza tecnica e della propria unitaria visione del mercato»[38], incide peraltro sul carattere unilaterale della predisposizione, dando luogo ad una sorta di co-determinazione di quelle parti del regolamento contrattuale potenzialmente suscettibili di controllo successivo di vessatorietà da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria[39].

Analoghe considerazioni vanno fatte, quanto alla materia -strettamente correlata - delle pratiche commerciali scorrette[40], con riferimento alla

[37] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 75; v. *supra*, nt. 31.

[38] C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., p. 308.

[39] Cfr., ancora, C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., p. 308 la quale sottolinea il carattere "*soft*" degli strumenti di co-determinazione, volti ad incentivare una contrattazione non vessatoria e meno "abusiva".

[40] C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., p. 307 e spec. p. 331 s. la quale rileva che: «considerando sistematicamente l'attività di predisposizione di clausole standard e quella di predisposizione dei messaggi commerciali quali fasi strutturalmente collegate della proposizione dell'offerta contrattuale dell'impresa ai consumatori, l'intervento spontaneo o sollecitato dell'Autorità può proporsi - per così dire - dall'inizio alla fine, dal momento della proposta come comunicazione commerciale al pubblico, fino a quello della proposta contrattuale vera e propria diretta ad una serie di consumatori, o già sottoscritta dai consumatori» (p. 332). In merito alle pratiche commerciali scorrette giova segnalare che il Tar Lazio, 17 febbraio 2017, con ordinanze nn. 2547, 2548, 2550 e 2551 (di poco successive alle ordinanze con le quali il Consiglio di Stato - v. Cons. St., 17 gennaio 2017, nn. 167 e 168 - ha sollevato le questioni pregiudiziali in ordine alla Autorità competente a sanzionare un operatore economico per una pratica commerciale scorretta) ha rimesso alla

procedura degli impegni (art. 27 c. cons.): il professionista, il quale abbia già ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento, in ordine, ad esempio, a messaggi commerciali al pubblico, può aprirsi ad una fase di negoziazione o transazione, intesa a riformulare la predisposizione dei messaggi medesimi sulla base dei suggerimenti dell'Autorità, fino ad eliminarne i profili di scorrettezza.

Se, in forza dell'interpello preventivo (ovvero degli impegni *ex* art. 27 c. cons., cui si è appena fatto cenno), il controllo consultivo dell'AGCM si incunea nell'atto di predisposizione, modificandone la struttura morfologica, e finisce per proiettarsi sulla futura attività negoziale; in sede di controllo successivo, attivato dall'Autorità, d'ufficio o su richiesta o denuncia di qualsiasi soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, con riferimento alle clausole inserite nei contratti già in atto con i consumatori, è il potere pubblico, in quanto potere di regolazione (e la stessa decisione nella quale si estrinseca), a "diluirsi", ovvero a veder degradare la tradizionale connotazione unilaterale per assumerne una partecipata. L'art. 37-*bis* c. cons. statuisce infatti che la dichiarazione di vessatorietà o di non vessatorietà viene emanata «sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e le camere di commercio interessate o loro unioni».

4. *Metodologia dialogica tra controllore e controllato per finalità deflattive e correttezza dell'iniziativa economica privata. Il ruolo e la portata della solidarietà e della sussidiarietà orizzontale*

Entrambi i procedimenti sono informati ad una metodologia dialogica tra controllore e controllato che, di là da contingenti finalità deflattive, persegue, nel lungo periodo, il fine di sospingere[41] verso la corretta

Corte di giustizia UE le questioni di compatibilità comunitaria della disciplina del codice del consumo che sanziona le pratiche commerciali scorrette, con particolare riferimento al contrasto di competenza fra Autorità indipendenti. V., tuttavia, Cons. St., 9 febbraio 2016, n. 4, che non ha rinviato la questione alla Corte di Giustizia, statuendo che la competenza ad irrogare una sanzione per una pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva, è sempre da individuare nell'AGCM, sì che «nel nostro sistema […] la pratica commerciale aggressiva è inequivocabilmente attratta nell'area di competenza dell'AGCM».

[41] Secondo l'idea del «paternalismo libertario» - R. Thaler, C. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven, 2008, p. 11 ss. - che propone non di impedire determinate scelte ma di supportare, ovvero «pungolare», gli individui ad assumere, mediante una «spinta gentile», basata sulla informazione «adeguata», le decisioni migliori.

esplicazione della iniziativa economica privata e, segnatamente, del potere - topico - di predisposizione delle clausole contrattuali, con il quale l'imprenditore «costruisce […] la materiale premessa della futura attività negoziale»[42].

L'obiettivo ultimo che si pone il legislatore del 2012 è, ben oltre la correttezza, «il perseguimento di un "mercato etico"»[43], come è dato arguire, fra l'altro, dalla previsione, nell'ambito dello stesso decreto liberalizzazioni, del c.d. "rating di legalità" (art. 5-*ter*): la dichiarazione di non vessatorietà pone, infatti, l'impresa predisponente in condizione di presentarsi sul mercato con offerte "certificate", grazie alle quali poter "spontaneamente" attrarre i consumatori; là dove invece l'effetto dissuasivo che la dichiarazione di vessatorietà produce sulle scelte dei potenziali consumatori non può che scoraggiare l'imprenditore dal porre in essere o perseverare in condotte "abusive" o "vessatorie" [44]. Sotto questo profilo, appare plausibile concordare con chi, in un'ottica di sussidiarietà, guarda all'interpello alla stregua di un non banale incentivo al «passaggio dalla predisposizione all'autoregolamentazione»[45]. Ancora una volta viene in

[42] In un senso concettualmente non diverso - puntualizza E. Roppo, *Contratti standard*, Milano, 2017 (rist. integrata), p. 144 - dalla predisposizione di uffici di vendita al pubblico, dalla fissazione di prezzi, dal lancio di campagne promozionali ecc. In argomento, v. anche M. Maggiolo, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, spec. p. 63 ss.

[43] Lo sottolinea efficacemente L. Rossi Carleo, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obblig. e contr.*, 2012, p. 493.

[44] C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., p. 328. In definitiva, osserva l'a., «La vigilanza è orientata ad evidenziare e rendere pubblico a scopo informativo il comportamento vessatorio, non ad impedirlo; a spingere i consumatori verso altri professionisti, così esercitando la loro sovranità e il loro potere di infliggere al professionista scorretto la più efficace delle sanzioni; ovvero - in caso di valutazione negativa della vessatorietà - ad evidenziare e rendere pubblica la virtuosità del predisponente, il quale potrà sempre avvalersi di tale valutazione in ogni circostanza nella quale ciò si rendesse opportuno o necessario» (p. 335).

[45] In questa prospettiva, v. L. Rossi Carleo, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, cit., p. 496. Ma per taluni rilievi critici, v. ancora C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., p. 336, la quale ipotizza che «quel passaggio auspicato dalla predisposizione solitaria e unilaterale delle condizioni generali di contratto all'autoregolamentazione virtuosa» indotto dal rischio della sanzione reputazionale, può sortire effetti nei confronti di quei professionisti che hanno ragione di temerne gli effetti sulla clientela, «o perché poco competitivi, o perché il livello della concorrenza nel settore è elevato e i consumatori si trovano facilitati nel preferire altri professionisti. Mentre è più difficile immaginare un effetto realmente dissuasivo nei confronti di professionisti la cui posizione di mercato, consolidata e dominante, sia tale da neutralizzare la mera sanzione

considerazione il ruolo delle camere di commercio chiamate, già in una fase antecedente quella dei controlli appena menzionati, a compiti sia di vera e propria *moral suasion* nella redazione concertata di modelli contrattuali-tipo con le associazioni di categoria dei professionisti e/o dei consumatori, sia di controllo sulla presenza di «clausole inique inserite nei contratti»[46]. Questo sistema valorizza il potere di autoregolamentazione delle categorie interessate, dando origine ad un modello concordato capace di recuperare l'equilibrio contrattuale, come osservava a suo tempo Bianca[47], il quale rilevava peraltro[48] l'insufficienza del pur necessario «intervento dell'autorità statale che valga a controllare e delimitare l'esercizio dell'autonomia negoziale anzitutto al fine di salvaguardare la parte debole nei confronti di chi ha i mezzi per abusare di fatto della libera contrattazione». L'Autore precorreva così l'esigenza di guardare alle attività economiche e ai diritti patrimoniali in chiave solidaristica e di giustizia sociale.

La strada prescelta dà preponderanza alla fase preventiva e tende a scongiurare, non soltanto l'intervento giurisdizionale ma, come prevede espressamente la norma, lo stesso controllo amministrativo successivo che, secondo la logica della sussidiarietà, in primo luogo, postula il coinvolgimento diretto dei privati (l'Autorità interviene su richiesta o denuncia di qualsiasi soggetto o organizzazione che ne abbia interesse), emancipati dal rango di semplici destinatari di norme e chiamati ad assumere un ruolo di *enforcement*. È nondimeno significativo che questo impulso, dal basso, alla attività di vigilanza[49] venga contemplato all'art.

reputazionale o condizionare comunque le adesioni dei consumatori, ai quali, nonostante la dichiarata vessatorietà delle clausole contrattuali, non si offrono in quel settore di mercato alternative reali e convenienti».

[46] Sul punto, L. Rossi Carleo, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, cit., p. 497, osserva che le Camere svolgono un ruolo di promozione e di impulso che si attua non tanto attraverso un'opera di controllo, ma piuttosto attraverso un'opera di mediazione volta a far sì che le parti possano realizzare in maniera corretta ed efficace il potere di autoregolazione degli interessi.

[47] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 79, segnala come la mancata organizzazione della categoria e la disparità sofferta dal singolo a livello di contrattazione individuale determinino una situazione di predominio, superabile «a livello di una contrattazione collettiva dove ciascuna categoria può fare valere la forza della sua essenziale partecipazione al discorso economico comune» (*Ibidem*, p. 80).

[48] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 89 s.

[49] Al riguardo, L. Rossi Carleo, *Nuovi principi, grandi potenzialità*, in R. Fontolan, A. Altina (a cura di), *Lo Statuto delle imprese*, Roma, 2012, p. 30; A. Zoppini, *Diritto privato* vs *diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, cit., p. 390, indica nella *class action* lo strumento costitutivo di nuove soggettività rappresentative di interessi che si aggregano e si legittimano 'dal basso'. Sul *countervaling power*

62 dello stesso d. liberalizzazioni in ordine al rispetto della disciplina delle relazioni commerciali (dunque tra imprenditori), in materia di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari. Coinvolgimento destinato peraltro ad ampliarsi nella prospettiva sistematica e assiologica confortata dalla lettera dell'art. 62, c. 2, ove si discorre genericamente di "relazioni commerciali" che riconosce valenza generalizzata in tutti i rapporti tra imprese al divieto di imposizione di condizioni «ingiustificatamente gravose»)[50].

La logica della sussidiarietà, in secondo luogo, prevede la già richiamata partecipazione "alla consultazione delle associazioni di categoria rappresentative dei professionisti a livello nazionale e delle camere di commercio o loro unioni che risultino interessate dalle clausole oggetto del procedimento, in ragione della specifica esperienza maturata nel settore" (v. art. 23, c. 6, reg. AGCM, 25411/2015).

5. *Processo di amministrativizzazione e tendenza delle Autorità indipendenti a conformare la regolazione mediante moduli negoziali, anche di tipo corporativo, che esaltano la funzione dell'autonomia. L'AEEGSI. Asimmetria informativa e gradi di approssimazione nella regolazione*

Allargando lo sguardo, occorre rimarcare, a fronte del variegato processo di amministrativizzazione, la tendenza, per certi versi speculare, delle Autorità indipendenti a plasmare la regolazione secondo moduli negoziali, anche di tipo corporativo, che esaltano la funzione dell'autonomia. Valenza paradigmatica riveste la legge istitutiva della AEEGSI che contempla (v. art. 2, c. 23, l. 481/ 1995) la possibilità di disciplinare, *ex* art. 13, l. n. 241 del 1990 (che, a sua volta, rinvia alle "particolari norme"), le audizioni periodiche delle associazioni dei consumatori e degli utenti o, comunque, dei soggetti portatori di interessi pubblici e privati nei procedimenti di formazione di atti normativi e atti a contenuto generale (fra i quali rientrano i provvedimenti di determinazione delle tariffe, di definizione dei livelli qualitativi delle prestazioni e delle altre condizioni). L'art. 5 della delibera 61/1997, dispone che i procedimenti per la formazione di atti normativi e di atti a contenuto generale di competenza dell'autorità si svolgono mediante procedure di

che organizzazioni e soggetti collettivi esercitano, in via preventiva o successiva, nella negoziazione o nelle controversie, si sofferma A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 50 s.

[50] Sul punto, sia consentito rinviare a M. Imbrenda, *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, cit., p. 112 ss.

notice and comment e nel 2012 è stata avviata dall'Autorità una nuova procedura, denominata "*Notice and Comment*: Iniziativa Sperimentale" orientata ad estendere la partecipazione a consumatori domestici e piccole e medie imprese. Altre recenti disposizioni[51], nel formalizzare esplicitamente la partecipazione delle categorie interessate nella formazione dei regolamenti delle *Authorities*, riecheggiano anch'esse il metodo c.d. di *notice and comment,* tipico del modello dell'*interest representation*[52].

[51] V., ad es., art. 23, l. 262/2005 (legge per la tutela del risparmio), ove si prevede che i provvedimenti aventi natura regolamentare o contenuto generale adottati da Banca d'Italia, Consob, Isvap (ora Ivass) e Covip debbono essere motivati e soprattutto debbono coinvolgere - nel rispetto del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine - gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori; art. 191, c. 4, d. legisl. 209/2005 (c.d. Codice delle assicurazioni private) che sancisce che i regolamenti dell'Isvap (ora Ivass) «sono adottati nel rispetto di procedure di consultazione aperte e trasparenti che consentano la conoscibilità della normativa in preparazione e dei commenti ricevuti anche mediante pubblicazione sul sito Internet dell'Istituto»; art. 11, d. legisl. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche), che disciplina un meccanismo di consultazione e trasparenza tale da consentire a tutte le parti interessate di prendere visione e di esprimersi sulla proposta di provvedimento.

[52] Il *notice and comment*, introdotto nell'ordinamento statunitense con l'approvazione dell'*Administrative Procedure Act* del 1946, si articola nella comunicazione dell'avvio del procedimento di regolazione, nella pubblicazione dello schema di regolazione, nella fissazione di un termine per la presentazione dei commenti ed, infine, nell'adozione del provvedimento finale. In argomento, v. G.P. Manzella, *Brevi cenni sulla* regulatory negotiation, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 277 ss.; e, più in generale, G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere strutturali*, Milano, 2010, p. 1 ss., e spec. p. 97, quanto alla partecipazione anche come dovere del cittadino *ex* art. 2 Cost., in linea con l'origine etimologica del termine partecipazione che richiama immediatamente ad un prendere parte ad un progetto o ad un'azione di comune interesse. In giurisprudenza, da ultimo, Tar Lazio-Roma, 13 dicembre 2011, n. 9710, nel senso che: «La procedura del *notice and comment*, imposta nella fattispecie dall'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche, nel legittimare l'esercizio del potere regolatorio da parte di soggetti istituzionali posti al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost., attraverso l'imposizione di un procedimento partecipativo sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative per il cui tramite arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione acquisendo gli interessi coinvolti nell'esercizio del pubblico potere ed il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati, non si traduce nell'obbligo per l'Autorità di replicare puntualmente a ciascuna delle osservazioni sollevate, trattandosi pur sempre di atto generale, essendo sufficiente che risulti che l'Autorità abbia preso in considerazione i contributi elaborati durante la consultazione pubblica e vi abbia dato riscontro attraverso l'indicazione delle ragioni sostanziali sottese alla decisione, costituenti idonea motivazione».

Occorre premettere che in una «società basata sulle libertà dei privati»[53] la regolazione, quale risposta al problema della razionalità limitata nelle relazioni di mercato tra privati[54], non può non tener conto del rischio di un fallimento degli stessi regolatori, a causa tanto della asimmetria informativa che questi ultimi scontano nei confronti dei regolati quanto della difficoltà di prevedere le variabili di contesto[55]. Questa consapevolezza

[53] Si rinvia, ancora, alle dense pagine di P. Sirena, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, cit., p. 101 ss., spec. p. 113; Id., *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità Indipendenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 449 (anche in Aa. Vv., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, 2012, p. 315).

[54] Sulla regolazione pubblica come risposta al problema della razionalità limitata nelle relazioni di mercato tra privati, si rinvia alle interessanti riflessioni di G. Napolitano, *Autorità pubblica e (ir)razionalità privata*, in G. Rojas Elgueta e N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 191 ss.

[55] L'intervento pubblico - avverte acutamente A. Gentili, *Senso e consenso*, I, Torino, 2015, p. 305 - «non dà garanzia di ripristino della razionalità degli individui e del mercato […]. La razionalità dell'intervento pubblico è limitata, e perciò spesso fallisce», degenerando in burocrazia. In definitiva, i rimedi offerti scontano a loro volta la razionalità limitata dei regolatori, connessa tanto alla asimmetria informativa nei confronti degli stessi regolati quanto alla difficoltà di prevedere le variabili di contesto: sul punto, v. ancora, G. Napolitano, *Autorità pubblica e (ir)razionalità privata*, cit., p. 194. I più recenti approdi della economia comportamentale e della psicologia cognitiva applicata anche ai regolatori - «i quali sono degli Umani», puntualizza F. Di Porto, *L'informazione come "oggetto" e come "strumento" di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 975, che affronta il problema della razionalità limitata dei regolatori in specie nei mercati ad alto tasso di innovazione tecnologica; su regolazione e scienze cognitive, v., Ead., *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei* big data, Napoli, 2017, spec. p. 197 ss. - enfatizzano il ruolo dell'informazione non soltanto come "strumento" ma anche come "oggetto" di regolazione: il regolatore si pone cioè l'obiettivo di creare una informazione adeguata e in funzione di ciò assume la veste di arbitro per la condivisione dell'informazione e della conoscenza tra gli *stakeholders*. Aspetto, quest'ultimo, che, occorre aggiungere, non può ignorare la tendenza alla concentrazione del potere informativo in capo a pochi attori del mercato, in un'ottica di standardizzazione dei servizi che possa garantire una maggiore sicurezza ed il ripristino di forme di equilibrio nei rapporti contrattuali con gli utenti ed i consumatori di beni e servizi in rete. Infatti, la stessa profilatura, anche in vista di una "personalizzazione" dei prezzi che potrebbe rivelarsi un'efficace strumento di ri-composizione dell'asimmetria (atteso che garantisce il bene o servizio più idoneo al soddisfacimento del bisogno del singolo consumatore al miglior prezzo), può presentare altri e diversi rischi che si spostano sul piano dell'efficienza del mercato delle informazioni; il che sembra giustificare la creazione di interventi regolatori attraverso la predisposizione di modelli trasparenti di raccolta e di uso delle informazioni (sul punto, v. ancora *Ibidem*, p. 158). Né può essere taciuto che la recente crisi finanziaria ed economica ha mostrato i limiti della regolazione di settore, tanto da indurre a

fa sì che la regolazione si sostanzi in un processo continuo di elaborazione e adeguamento, tale cioè da svilupparsi per successivi gradi di approssimazione[56] - cui concorre altresì l'analisi di impatto[57] (come ad es., nella ipotesi del già citato art. 23, l. risparmio, che richiede una relazione che illustri le conseguenze sulla regolamentazione, sulle attività delle imprese e degli operatori, sugli interessi dei risparmiatori) - secondo una logica prettamente compositiva, resa possibile non soltanto dalla maggiore prossimità delle Autorità indipendenti con il soggetto destinatario della normativa, ma anche dal «dialogo costruttivo con i soggetti interessati, il quale costituisce un incessante procedimento di scoperta»[58], funzionale alla costruzione negoziata della regola.

prospettare oltre al fallimento del mercato anche il fallimento dei regolatori (così, R. Natoli, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, cit., p. 71; sul tema, si rinvia, in generale a G. Napolitano, A. Zoppini, *Le Autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2009), e a riproporre «la centralità dell'azione pubblica»: sul punto, v., ancora, A. Zoppini, *Diritto privato* vs *diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, cit., p. 376; cfr. anche N. Longobardi, *Le autorità di regolazione dei mercati nel «tempo della crisi»*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it* , p. 11 s., a parere del quale la crisi ha evidenziato l'esigenza di un rafforzamento della regolazione indipendente.

[56] V. Ricciuto, *Regolatori del mercato, eteronomia del contratto*, cit., p. 256, evidenzia la «funzione omeostatica» delle Autorità indipendenti, consistente cioè nel produrre «un adattamento continuo della regolazione giuridica a una realtà mobile», qual è il mercato.

[57] In argomento, v. i diversi contributi raccolti in D. Galli, M. Cappelletti (a cura di), *La qualità delle regole nella società contemporanea. Una prospettiva multilivello*, Roma, 2014, e, segnatamente, N. Rangone, *Qualità delle regole: solo utopia?*, p. 61 ss.; E. Giardino, *La regolazione amministrativa: evoluzione concettuale e metamorfosi teleologica*, p. 85 ss.; F. Cannata, *L'analisi d'impatto della regolamentazione: l'esperienza della Banca d'Italia*, p. 97 ss.; F. Sarpi, *L'esperienza dell'utilizzo dell'AIR nelle autorità indipendenti*, p. 163 ss. Cfr., inoltre, M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, p. 68 ss.

[58] P. Sirena, *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità Indipendenti*, cit., p. 449, evidenziando altresì che questo dialogo è «animato dalla consapevolezza che la regolazione perfetta non sarà mai raggiunta, ma che, proprio per questo, essa può sempre essere migliorata attraverso la discussione pubblica».

6. *Conclusioni. Selezione del potere normativo (anche negoziale) più «abile». Il deficit di legalità sostanziale e predisposizione di strumenti di partecipazione dei soggetti interessati. Le* Authorities *quali organi chiamati a ponderare e bilanciare gli interessi concreti coinvolti nell'attività di negoziazione anche in funzione di una soluzione «partecipativa». Contratto conformato e controllo di meritevolezza*

Volendo procedere a qualche riflessone conclusiva, si può, anzi tutto, sottolineare la compenetrazione tra il carattere flessibile, dinamico e adattivo della regolazione e il principio di sussidiarietà verticale e orizzontale (art. 118 Cost.), che da mero criterio formale ordinatore delle fonti assurge a strumento di selezione del potere normativo più «abile», compresa l'autonomia negoziale, a far fronte alle peculiarità delle istanze di tutela in concreto rilevabili. Riguardata in questa prospettiva, la partecipazione degli organismi rappresentativi alle dinamiche regolative conferma l'idea che l'autonomia privata nella dimensione regolativa del mercato non necessariamente viene sacrificata, potendo «acquista[re] rilievo in forme nuove, *in primis* in quella forma di negoziazione associativa che fa dei provvedimenti delle autorità atti a normazione "diffusa" o "sociale"»[59], pur dovendosene costatare, allo stato attuale, il carattere asimmetrico, atteso che è l'Autorità a decidere se tener conto o meno delle osservazioni prodotte dai privati[60].

Il tema si intreccia con la portata del principio di legalità, che l'evoluzione del modello istituzionale - dalla separazione all'«equilibrio fra i poteri»[61] - allontana dalla sua accezione tradizionale e conforma al principio di proporzionalità il quale peraltro, inteso come espressione di idoneità e adeguatezza delle scelte e dei mezzi rispetto ai fini da perseguire, caratterizza da sempre l'agire dei privati[62]. Il *deficit* di legalità sostanziale (attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi in bianco; esercizio di poteri impliciti) potrebbe essere compensato - secondo l'orientamento del Consiglio di Stato[63], favorevolmente accolto dalla Corte

[59] G. Gitti, P. Spada, *Regolazione del mercato come strategia*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 19.
[60] V., fra l'altro, Tar Lombardia-Milano, 6 maggio 2014, n. 1164.
[61] L. Torchia, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, in *www.irpa.eu*, p. 2.
[62] V., ancora, L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, cit., p. 10.
[63] Cons. St., 2 marzo 2010, n. 1215, in *www.giustizia-amministrativa.it*, configura un «fondamento dal basso» della indipendenza e neutralità delle Autorità, «a condizione

costituzionale[64] -dal potenziamento della legalità procedurale, mediante il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento. La effettività della partecipazione dei soggetti interessati (di là dalla condivisibile osservazione che «Solo gli interessati meglio organizzati sapranno far valere la loro opinione»[65]) dipende peraltro dalla «possibilità di un contraddittorio effettivo (non solo in forma scritta, ma anche in forma orale)» e dall'«obbligo di motivazione delle determinazioni e degli atti delle Autorità»[66]. Elementi,

che siano assicurate le condizioni del giusto procedimento e che il controllo avvenga in sede giurisdizionale». In senso conforme, più di recente, Cons. St., 1 ottobre 2014, n. 4874, in *Foro amm.*, 2014, p. 2565: «L'esercizio dei poteri regolatori da parte delle Autorità amministrative indipendenti, in quanto posto al di fuori del tipico circuito di responsabilità delineato in via di principio dell'articolo 95 Cost., risulta comunque giustificato dall'esistenza di un procedimento adeguatamente rispettoso delle regole di partecipazione, inteso quale strumento sostanzialmente sostitutivo della dialettica propria delle strutture *stricto sensu* rappresentative». Sulla "democrazia procedimentale", quale fondamento della peculiare legittimazione delle autorità indipendenti, v. S. Cassese, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in Aa.Vv., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, p. 42. In argomento, cfr., altresì, R. Chieppa, *Poteri esercitatati, procedimento e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in G.P. Cirillo, Id. (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Tratt. Santaniello*, Padova, 2010, p. 73 s., secondo il quale le garanzie partecipative costituiscono «un elemento insopprimibile» del procedimento innanzi alle Autorità indipendenti, «che caratterizza le funzioni svolte da tali organismi» (*Ibidem*, p. 82); E. del Prato, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 257 ss., spec. p. 269, reputa applicabile il modello di partecipazione consultiva in tutte le materie rette dal principio di sussidiarietà sociale. Se tale partecipazione conforma l'ambito della discrezionalità del decisore pubblico, resta tuttavia aperto il problema per alcuni degli interessati di essere emarginati dalla partecipazione; problema cui si potrebbe sopperire -ipotizza l'a. -con un onere di motivazione.

[64] Corte cost., 7 aprile 2017, n. 69, nel richiamare l'orientamento del Consiglio di Stato sulla declinazione procedurale del principio di legalità, puntualizza che nei settori regolati delle autorità amministrative indipendenti, là dove vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica, «*la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge,* se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti».

[65] È quanto rileva, opportunamente, E. del Prato, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 269, nt. 45.

[66] P. Sirena, *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità Indipendenti,* cit., p. 449. Considerazioni critiche sulla posizione della giurisprudenza amministrativa riguardo alla effettività della partecipazione degli interessati ai procedimenti dell'attuale AEEGSI sono mosse da A. Travi, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia*

questi, che attengono alla neutralità delle Autorità indipendenti e pertanto «devono ritenersi imposti dall'art. 111, c. 2, Cost., come presidii di un giusto processo»[67]. Da qui la possibilità di impugnare gli atti regolatori per vizi da inesatto svolgimento delle consultazioni e da mancata considerazione dei relativi risultati nei provvedimenti finali, incentivando, per questa via, l'agire responsabile delle autorità medesime.

In definitiva, la descritta dinamica di reciproca «ibridazione»[68] del potere pubblico e della libertà privata, che si compie nella regolazione, supera in certo qual modo l'interrogativo che Bianca si poneva[69], circa la tutela pubblica o privata da accordare al soggetto sottoposto all'altrui autorità privata. La logica collaborativa, di dialogo e di negoziazione, che informa l'attività procedimentale delle *Authorities*, sembra collocarsi nel solco di quella soluzione «partecipativa» che l'Autore, nel fare riferimento agli accordi delle categorie interessate, indicava come «soluzione ottimale»[70] al problema delle «posizioni di dominio nella vita economica». Il procedimento innanzi alle stesse diverrebbe, così, la sede presso la quale i confliggenti (ed equiordinati[71]) interessi, ponderati e bilanciati, trovano composizione, ferma restando la opportunità di ripensare il ruolo del giudice civile nel controllo del contratto conformato[72] e di ipotizzare il sindacato di costituzionalità delle prescrizioni conformative emanate dalle autorità[73]. L'esame della problematica della

tra regolazione e concorrenza, Torino, 2007, p. 74 ss., spec. p. 79 ss.

[67] Così, ancora, P. Sirena, *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità Indipendenti,* cit., p. 447, il quale osserva come la rilevanza costituzionale delle libertà private esiga che i procedimenti dinanzi alle *Authorities*, di là dalla loro discussa qualificazione come "paragiurisdizionali", siano «retti dai valori permanenti del processo», la diffusione dei quali è funzionale alla attuazione delle istanze di politica e di civiltà del diritto (*Ibidem*, p. 448), sì da prospettarsi l'esercizio della funzione amministrativa proprio mediante il processo.

[68] L'espressione è di L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, cit., p. 4.

[69] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 8.

[70] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 79. Questi passi della trattazione vengono segnalati da P. Rescigno, *Presentazione*, cit., p. XVI, il quale sottolinea come l'a. si faccia carico di manifestare riserve e obiezioni, senza svalutare il peso delle soluzioni proposte, senza rinnegare gli strumenti del diritto privato nell'ambito di un sistema, ispirato alla tutela della persona, sempre più oggetto di pubblici interventi.

[71] G. Napolitano, A. Zoppini, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, cit., p. 131.

[72] Il tema è affrontato in chiave sostanziale da P. Sirena, *Attività di regolazione, clausole contrattuali abusive e sindacato giudiziario*, cit., p. 96 ss.

[73] Nel prendere spunto dalla intuizione di Costantino Mortati in ordine ai regolamenti dell'esecutivo, P. Perlingieri, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010, p. 228 s.; Id., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*,

giustizia contrattuale e dei poteri di intervento del giudice si arricchisce dunque di elementi nuovi. Il potere eteronomo di incidere sul contratto delle *Authorities* non ridimensiona il ruolo del giudice nella perequazione delle contrattazioni, al contrario lo valorizza e gli conferisce il carattere dell'imprescindibilità. Nell'attuale momento storico in cui molteplici sono gli interrogativi sull'adeguatezza del controllo sugli atti di talune Autorità[74], e ancora appare essere un miraggio il controllo contenutistico sugli stessi ad opera della Consulta, diviene dirimente ripensare il ruolo del giudice civile di controllo del contratto sì come risultante dall'opera conformativa dell'Autorità. In questa ottica, occorre allora ricavare i parametri sui quali impostare il sindacato ora di legittimità delle prescrizioni conformative emanate dalle autorità di settore ora di liceità e meritevolezza del contratto conformato.

2010, p. 15 s., è dell'avviso di ammettere la sottoponibilità, in via diretta, dei regolamenti delle *Authorities* al controllo di costituzionalità.

[74] L'inadeguatezza del controllo è data dalla sovrapposizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, sovrapposizione che si registra sotto un duplice profilo. Da un lato, in tutte le ipotesi nelle quali il privato adisce il giudice civile per la risoluzione di controversie che attengono al regolamento autoritativo, il magistrato, ai fini di una corretta composizione della controversia, dovrà in via preliminare indagare la legittimità del dato regolamentare. Dall'altro il giudice amministrativo chiamato a sindacare la legittimità dell'atto autoritativo, dovrà valutare non soltanto l'atto in sé considerato ma anche le implicazioni che quell'atto disvela nei rapporti civilistici. Osserva opportunamente F. Criscuolo, *Decisioni delle Autorità indipendenti e oggetto della cognizione in sede di controllo giurisdizionale*, in Aa. Vv., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, cit., p. 336, che l'eliminazione dell'atto, per effetto dell'intervento del giudice, qualunque esso sia, «non può essere considerata episodio a sé stante, in quanto anche il processo si trova ad essere inevitabilmente inserito nel flusso dell'attività amministrativa, momento intermedio tra l'esercizio passato e l'esercizio futuro di essa». Sul punto v. anche le riflessioni di M. Zarro, *Poteri indipendenti e rapporti civili*, cit., p. 130. Peraltro, come già esplicitato, proprio suddette implicazioni rendono particolarmente «difficile, se non impossibile, trovare un interesse individuale che non sia anche generale e, viceversa, un interesse generale che non colpisca anche profili di interesse individuale e personale». Così, P. Perlingieri, *Relazione conclusiva*, in E. Fabiani, A. Tartaglia Polcini (a cura di), *Sull'unità della giurisdizione. In ricordo di Franco Cipriani*, Napoli, 2011, p. 134. Ed invero, la frattura tra interesse pubblico - *rectius*, della collettività - e interesse privato tende a comporsi.

Andrea Nervi

Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato

Sommario: 1. Il contratto nel volume di C.M. Bianca "Le autorità private" – 2. Contratto e mercato; evoluzione di un binomio – 3. Il binomio contratto/mercato nell'ordinamento italiano: codice civile e Costituzione – 4. Il binomio contratto/mercato nel diritto europeo – 5. Il profilo remediale: a) autorità amministrative indipendenti e giudice amministrativo – 6. *segue:* b) il giudice ordinario e le categorie civilistiche – 7. Il problema dell'eterointegrazione del contratto tra norme e principi.

1. *Il contratto nel volume di C.M. Bianca "Le autorità private"*

Nello studio dedicato alle autorità private, Cesare Massimo Bianca si sofferma anche sull'istituto del contratto, prendendo in considerazione soprattutto il fenomeno delle condizioni generali. In quel contesto, l'Autore avverte che la stesura unilaterale del regolamento contrattuale presuppone, in capo al soggetto predisponente, l'esistenza di una posizione di forza, idonea a consentirgli di imporre un determinato assetto di interessi nei confronti di una generalità di interlocutori[1].

L'analisi ivi condotta contiene due importanti intuizioni, che contraddistinguono il successivo dibattito in materia di contratto fino ai giorni nostri. In primo luogo, dal punto di vista sostanziale, emerge la consapevolezza dell'esigenza di superare la dimensione meramente bilaterale del fenomeno contrattuale per adottare una prospettiva ulteriore e più ampia, che guardi all'insieme dei rapporti in cui viene in rilievo quella data regolamentazione negoziale[2]. Questo nuova prospettiva delinea quella dimensione che il dibattito odierno identifica con la parola "mercato".

In secondo luogo, dal punto di vista "remediale", l'analisi di Bianca

[1] C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 69.
[2] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 73.

segnala l'esigenza di assoggettare l'operato del predisponente a strumenti di controllo di nuovo conio ed, a tal fine, viene menzionata espressamente l'autorità amministrativa[3]. L'Autore avverte la potenziale insufficienza del normale sindacato svolto dal giudice ordinario, in quanto condizionato dalle limitazioni della controversia individuale, ed auspica quindi l'adozione di modalità di controllo che abbiano un impatto trasversale, ossia che investano la generalità dei rapporti riconducibili a quel determinato assetto di interessi.

A quarant'anni di distanza da quello studio, il lettore odierno è chiamato ad un duplice sforzo: da un lato, ripercorrere retrospettivamente i decenni da allora trascorsi per verificare la traccia lasciata da quelle riflessioni nella successiva evoluzione del dibattito giuridico, sia teorico sia pratico; dall'altro lato, proiettare quelle riflessioni verso il futuro, nei termini in cui esso appare oggi allo studioso contemporaneo.

2. *Contratto e mercato; evoluzione di un binomio*

La nostra tradizione giuridica, a partire dalla manualistica, guarda al contratto come ad un incontro di volontà di soggetti liberi ed autonomi, volto alla regolazione di un determinato affare[4]. La disciplina codicistica è costruita muovendo da questo presupposto[5], che presenta a sua volta una precisa spiegazione storica: l'affermazione dell'individuo e della sua potenza, come ci deriva dal liberalismo ottocentesco e dalla sua propagazione per un ampio tratto del secolo successivo[6].

L'evoluzione successiva, tuttavia, ha determinato una significativa modifica dello scenario di riferimento: nel contesto attuale non si tratta più di "costruire" il mercato, liberando l'autonomia dell'individuo da vincoli precostituiti, a loro volta derivanti da una data sovrastruttura sociale. Al contrario, l'età contemporanea registra la presenza di mercati ormai

[3] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 75.

[4] E. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, in *Quad. fior.*, 2014, p. 592, ricorda che il principio di astratta uguaglianza formale è una pietra miliare nella costruzione del contratto.

[5] Osserva U. Breccia, *Causa*, in G. Alpa, A. Liserre, U. Breccia, *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, III, Torino, 1999, p. 191, che la libertà contrattuale, per esistere come principio normativo, deve ignorare la disparità di potere esistente nella realtà; e tuttavia, per non ridursi a formula vuota, ha bisogno delle restrizioni legali.

[6] Si veda L. Raiser, *La costituzione economica come problema giuridico*, in Id., *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, p. 38.

sviluppati, consolidati e strutturati, ciascuno dei quali ha assunto una determinata conformazione, ancorché mobile ed in continuo mutamento[7].

Sul piano giuridico, questo processo di sviluppo e consolidamento dei mercati è avvenuto grazie allo strumento contrattuale, essendo evidentemente indissolubile e biunivoco il legame che unisce il fenomeno economico del mercato e l'istituto giuridico del contratto. Secondo la prospettiva liberale, che ha fortemente condizionato il dibattito scientifico (non solo giuridico), il mercato è un ambiente competitivo, caratterizzato da rigorosi meccanismi selettivi; le sue dinamiche, pertanto, fanno sì che taluni operatori rafforzino la propria posizione a scapito di altri, i quali escono progressivamente di scena.

I meccanismi selettivi ora menzionati trovano un importante strumento di affermazione nella stesura unilaterale del contenuto contrattuale, la quale consiste in una tecnica mediante la quale il predisponente presenta al mercato la propria visione del mondo o, più modestamente, presidia le proprie esigenze ed i propri interessi[8]. La peculiarità risiede proprio nell'approccio all'operazione negoziale, che non è più individuale, ossia tarata sul caso singolo, bensì diventa -per usare un aggettivo che ricorre con frequenza nell'odierna dottrina giuridica[9] -"seriale", in quanto guarda ad una generalità indifferenziata di operazioni destinate a ripetersi sul mercato secondo modalità tendenzialmente uguali tra loro.

È in questa prospettiva che si coglie la mutazione genetica del contratto: non più e non solo affare privato tra singoli individui, ma regolamentazione unitaria di una serie potenzialmente infinita di rapporti, quelli che appunto attengono al mercato di riferimento in cui opera quel dato imprenditore. Qui si annida un vero e proprio salto di qualità, perché - a ben vedere - disciplinare in maniera uniforme i rapporti con le controparti contrattuali significa, per quel dato imprenditore, regolare la propria posizione sul

[7] Cfr. H. Collins, *The Law of Contract*, 4ª ed., Cambridge, 2003, 10 ss.; J. Basedow, *A Common Contract Law for The Common Market*, in 33 *Common Market Law Review* (1996), p. 1181.

[8] Coglie bene il punto E. Battelli, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Napoli, 2017, p. 40. In arg. anche L. Nonne, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, p. 16, secondo il quale la contrattazione è lo strumento con cui l'imprenditore esercita il governo ed il dominio del mercato; con il contratto, dunque, l'imprenditore gestisce la domanda di consumo. Nella dottrina statunitense il fenomeno è descritto già in F. Kessler, *The Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract Role of Compulsion in Economic Transactions*, in 43 *Columbia Law Review* (1943), p. 640.

[9] Si veda, ad es., la recente, ampia, indagine di E. Battelli, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, cit., p. 8.

mercato, ovvero conformare l'assetto del proprio mercato di riferimento[10].

Al riguardo si possono proporre varie esemplificazioni, tra cui - senza alcuna pretesa di esaustività - le seguenti:

a) una rete di distribuzione verticale di beni di consumo, come le automobili. Il produttore si avvale di imprenditori formalmente indipendenti per commercializzare i beni al dettaglio. I rapporti tra produttore e singoli distributori sono ovviamente regolati mediante uno schema contrattuale uniforme[11]. Ciò significa che il contratto diviene lo strumento attraverso il quale quel produttore organizza la propria presenza sul mercato[12], disciplinando -tra l'altro -i criteri di ingresso e di uscita dalla rete di distribuzione, le modalità con cui i singoli distributori si rapportano alla clientela al dettaglio, etc.;

b) i rapporti di utenza concernenti i servizi pubblici (locali)[13]. Come noto, a partire dalla fine del secolo scorso il settore è stato caratterizzato da un intenso fenomeno di c.d. privatizzazione, che - in estrema sintesi - ha comportato il sempre più ampio impiego dell'istituto contrattuale per disciplinare rapporti e tutelare interessi precedentemente ricompresi nella sfera della pubblica amministrazione. In questo scenario, si ricorre al contratto per disciplinare il rapporto tra l'ente pubblico (locale) ed il soggetto (privato) che eroga il servizio, così come si ricorre al contratto per gestire la relazione tra l'erogatore del servizio ed il singolo utente. Il mercato corrispondente a quel dato servizio pubblico, pertanto, viene conformato mediante l'impiego dell'istituto contrattuale.

[10] In arg. V. Ricciuto, *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, Napoli, 2008, p. 1625 ss.

[11] Già G. Teubner, *Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization*, in R. Gordon, M. Horwitz (eds.), *Festschrift in Honour of Lawrence Friedman*, Stanford, 2006, p. 2.

[12] Cfr. M. Imbrenda, *I contratti di distribuzione*, in E. Gabrielli, A. Catricalà (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2011, p. 669.

[13] In arg., di recente, G. Carapezza Figlia, *I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 447 ss.

3. *Il binomio contratto/mercato nell'ordinamento italiano: codice civile e Costituzione*

A questo punto dell'esposizione può essere utile soffermarsi sulla rilevanza che il binomio contratto/mercato e la sua evoluzione hanno ricevuto in sede legislativa.

Questa analisi prende le mosse dal dato offerto dal codice civile italiano, che - giova ricordarlo - per primo in Europa ha affrontato il tema delle condizioni generali di contratto; l'intervento è risultato debole sul piano dell'articolazione degli strumenti di tutela (come attesta non tanto la formulazione, quanto soprattutto l'applicazione che è stata data alla disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 1341 c.c.). Non di meno, dal punto di vista scientifico la presa di posizione del legislatore resta interessante, laddove stabilisce che il contratto è efficace sulla base della mera conoscibilità delle regole unilateralmente predisposte, come sancito dal primo comma del citato art. 1341 c.c.

In questa disposizione si coglie con chiarezza il superamento della dimensione volontaristica del contratto, che diventa vincolante per il soggetto aderente anche indipendentemente dalla conoscenza effettiva che questi abbia in ordine alle regole ivi contenute. A ben vedere, tuttavia, dall'art. 1341, c. 1, c.c. si può trarre anche un'altra indicazione: la sua formulazione testuale, infatti, richiama il principio *ignorantia (legis) non excusat*, discostandosene solo nella parte in cui fa salva l'ignoranza incolpevole. Se ne deduce che il contratto unilateralmente predisposto vincola quasi come fosse una norma di legge, *rectius* una regola privata destinata a trovare applicazione per una generalità di rapporti[14].

Ai fini della presente analisi, un'altra norma interessante contenuta nel codice civile è l'art. 1339 c.c., mediante il quale il legislatore si riserva di sovrapporre, all'eventuale diversa volontà delle parti, le proprie determinazioni in ordine ai profili giuridici e/o economici del rapporto contrattuale[15]. La norma precorre l'attuale ed intenso dibattito sul tema della eterointegrazione del contratto. è importante precisare che, nel disegno originario del codice civile, l'eterointegrazione può avvenire per mano diretta del legislatore, vale a dire senza la mediazione del giudice, che è

[14] Sul fenomeno della predisposizione unilaterale del contenuto contrattuale e sugli effetti che ne derivano in termini di efficienza del mercato si veda l'analisi di H. Schulte-Nolke, *No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, in *European Review of Private Law*, 2015, p. 209 ss.

[15] In arg. V. Ricciuto, *L'integrazione dei contratti di impresa. Dilatazione o estinzione della fattispecie?*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 324.

autorizzato ad intervenire solo in ipotesi circoscritte.

Lo studioso sensibile alla prospettiva storica non resta stupito nel riscontrare che il legislatore italiano del 1942, intervenendo nei termini ora evidenziati, abbia saputo cogliere l'esistenza di una nuova dimensione del fenomeno contrattuale, che si proietta nel contesto socio-economico generale. Le scelte normative ora menzionate, infatti, rappresentano il precipitato delle logiche sottese all'economia corporativa ed al ruolo che, in quel contesto, veniva attribuito all'attività imprenditoriale, pubblica e privata[16].

I termini del dibattito non hanno risentito di significative novità a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, almeno nella prima fase del dopoguerra. Ciò può trovare spiegazione sia nella prudenza/diffidenza con cui i giuristi, teorici e pratici, hanno inizialmente guardato alla Carta, sia nelle oggettive incertezze del linguaggio ivi impiegato, che a loro volta dipendono dalle scelte compromissorie compiute dai padri costituenti. Rinviando anche in questo caso agli approfondimenti offerti dal dibattito dottrinale[17], merita comunque sottolineare che queste incertezze non sono estranee alle difficoltà in cui si dibatte il giurista contemporaneo[18].

Il vero punto di svolta è ovviamente rappresentato dall'avvento dal diritto europeo, al quale occorre ora rivolgere l'attenzione.

4. *Il binomio contratto/mercato nel diritto europeo*

In questa sede non è possibile ricostruire, neppure in maniera sommaria, qual è stato l'impatto del diritto europeo sulla preesistente disciplina del contratto[19], nei termini forgiati dal diritto interno. Vi è solo lo spazio per

[16] Cenni anche in L. Nonne, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 21.

[17] Il processo storico è mirabilmente ripercorso da E. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, cit., p. 605 e *passim*. Si veda anche G. Guizzi, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in E. Gabrielli, A. Catricalà (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, cit., p. 18, sul rapporto tra disciplina generale del contratto e regime concorrenziale.

[18] Per motivi di sintesi, l'analisi qui svolta non prende in considerazione la dialettica tra codice civile e codici di settore, su cui ampiamente A. Gentili, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1479. In realtà, è una dialettica fortemente condizionata dal diritto europeo, posto che i codici di settore costituiscono strumenti di politica economica, volti a proteggere il consumatore e, per questa via, ad ottimizzare l'efficienza del ciclo produttivo e distributivo (*Ibidem*, p. 1494).

[19] In arg. S. Grundmann, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, in *Common Market Law Review*, 2002, p. 272.

una osservazione di metodo, peraltro ovvia: l'obiettivo dichiaratamente perseguito dalle istituzioni europee è sempre stato quello di realizzare un mercato unico, che superasse le barriere nazionali e consentisse una più stretta integrazione tra gli Stati nazionali ed i corrispondenti mercati. Più esattamente, mentre la tradizione dei codici civili, da quello napoleonico fino al nostro, considera il mercato come un'entità da costruire *ex novo*, il diritto europeo muove dalla riconosciuta esistenza di diversi mercati, organizzati su base nazionale, e mira ad orientarne il funzionamento nella direzione del superamento dei confini interni verso una dimensione unitaria[20].

In questa strategia, l'intervento legislativo sulla disciplina contrattuale ha giocato un ruolo progressivamente crescente, fino ad assumere l'importanza che oggi è sotto gli occhi di tutti. Prescindendo dalle varie sfumature del discorso, si può obiettivamente affermare che le regole dettate dal legislatore europeo in materia contrattuale sono strumentali alla realizzazione di un determinato assetto del mercato, ovvero alla sua conformazione secondo determinati obiettivi e finalità[21].

Da questo diverso approccio scaturisce una precisa conseguenza sul piano metodologico: il legislatore europeo guarda non tanto al singolo contraente ed agli interessi che questi persegue tramite il contratto, bensì al ruolo che quel contraente - effettivo o potenziale - può giocare sul mercato di riferimento e sul funzionamento di quest'ultimo. Si tratta di una prospettiva certamente diversa da quello che contraddistingue il legislatore dei codici civili otto-novecenteschi[22].

Questo particolare rapporto tra contratto e mercato emerge con chiarezza nella normativa *antitrust*, che - come ben noto - è interamente riferibile, fin dalle origini, alle istituzioni europee. Nella legislazione derivata, ad esempio quella dettata dai regolamenti di esenzione[23], la valutazione di determinate clausole contrattuali varia a seconda della quota di mercato detenuta dal contraente o dai contraenti, vale a dire a seconda dell'impatto che quella determinata clausola (ad esempio l'esclusiva territoriale) genera

[20] Su questo diverso approccio cfr. E. Battelli, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, cit., p. 97.
[21] Così R. Natoli, *Il contratto "adeguato"*, Milano, 2012, p. 44; O.O. Cherednychenko, *Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?*, in *European Review of Private Law*, 2014, p. 38 ss.
[22] Cfr. A. Gentili, *La* «nullità di protezione», in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 84 ss., che contrappone, nella sistematica delle invalidità negoziali, l'abituale approccio strutturale all'innovativo approccio funzionale.
[23] Per la dimostrazione dell'assunto sia consentito il rinvio ad A. Nervi, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Napoli, 2011, p. 110 ss.

sulla configurazione del mercato di riferimento[24].

Ed è, si badi, una valutazione resa in termini di validità: la clausola può essere valida o nulla non in ragione del suo contenuto intrinseco, e quindi degli effetti che essa genera sui contraenti, ma in ragione delle conseguenze che essa produce sull'assetto del mercato[25]. Qui si coglie con evidenza il superamento della dimensione bilaterale del contratto e l'adozione di una prospettiva diversa, che guarda al contratto come strumento di conformazione dell'assetto del mercato.

5. *Il profilo remediale: a) autorità amministrative indipendenti e giudice amministrativo*

Quest'ultimo accenno induce ad affrontare il secondo dei temi menzionati all'inizio dell'esposizione, vale a dire il profilo remediale; occorre quindi interrogarsi circa il modo in cui gli strumenti di tutela possano essere articolati a fronte della nuova prospettiva con cui viene ora inquadrato fenomeno contrattuale.

Un primo versante del problema è già intuito nel volume qui ricordato, laddove viene delineato il sindacato dell'autorità amministrativa, in sede preventiva o successiva[26]. L'intuizione si è concretizzata, ad esempio, nei poteri che il legislatore italiano ha attribuito alle Camere di commercio in punto di esame e supervisione delle condizioni generali di contratto praticate dagli imprenditori presenti sul mercato[27].

Pressoché coeva è un'altra vicenda legislativa, che è stata provocatoriamente ribattezzata come "l'erompere delle autorità amministrative indipendenti"[28], ossia la nascita di soggetti pubblici preposti a vigilare, ovvero ad organizzare, il funzionamento del mercato in generale, o di suoi settori specifici. Nell'esercizio delle loro funzioni istituzionali, queste autorità intervengono anche in ambito contrattuale, nel senso che -ad esempio -valutano la conformità di determinati assetti negoziali alle norme ed ai principi in materia antitrust, oppure esaminano la correttezza delle pratiche commerciali

[24] Cfr. M. Imbrenda, *I contratti di distribuzione*, cit., p. 666.
[25] In arg. anche L. Nonne, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 268.
[26] Cfr. nt. 3.
[27] Cfr. art. 37 c. cons. Sul ruolo dell'autorità amministrativa al riguardo, cfr. E. Battelli, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, cit., p. 258.
[28] È il titolo del noto saggio di Alberto Predieri, pubblicato da Passigli (Firenze) nel 1997.

adottate da un certo imprenditore[29], oppure ancora prescrivono appositi contenuti negoziali che devono essere recepiti dagli attori del mercato nei contratti da essi impiegati, allo scopo di conformare il funzionamento del mercato medesimo.

Qui si aprono alcuni problemi assai delicati sul piano della teoria generale del contratto ed ancora bisognosi di sistemazione sul piano sistematico[30]. Senza pretese di completezza, può essere utile una sintetica elencazione.

Come già ricordato, nel momento in cui il contratto supera la dimensione bilaterale, e diventa lo strumento per conformare un certo assetto di mercato, la regola negoziale viene proiettata in una prospettiva che la moderna dottrina chiama "seriale". Questa evoluzione induce ad interrogarsi sulla persistente attualità degli abituali criteri di valutazione della regola negoziale; in particolare, la prospettiva seriale favorisce un fenomeno di osmosi con i criteri di derivazione pubblicistica che sono stati elaborati con riferimento al sindacato sui provvedimenti amministrativi.

In questo contesto, ad esempio, si discute circa la possibilità di invocare il principio di parità di trattamento e di non discriminazione anche nei rapporti di mercato. Si consideri il caso di una rete di distribuzione organizzata secondo un determinato schema contrattuale, il quale prevede, come clausola risolutiva espressa, il mancato raggiungimento di un determinato risultato commerciale su base annua. Nell'anno X il risultato viene mancato da dieci sui novanta distributori che compongono la rete; tuttavia il produttore applica la clausola risolutiva espressa solo a due tra i dieci distributori inadempienti. Ci si chiede se sia sindacabile l'operato del produttore in ragione della discrezionalità delle scelte operate. Il problema non avrebbe motivo di porsi se la prospettiva della lite venisse esaminata nella dimensione bilaterale corrispondente al conflitto tra i contraenti; viceversa, esso emerge in tutta la sua delicatezza se si considera la proiezione del conflitto sull'assetto del mercato di riferimento[31].

Un ulteriore problema, collegato al precedente, attiene alla rilevanza

[29] In arg., con impostazione non dissimile da quella del testo, G. Grisi, *Rapporti di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 6 e ss.

[30] In arg. U. Breccia, Sub *Art. 1322*, in *Comm. c.c. Gabrielli,* Milano, 2011, p. 74, il quale rileva che la regolazione amministrativa del contratto, ritenuta funzionale ad un libero mercato concorrenziale, trova una sorta di autolegittimazione nella cornice costituzionale europea. Sennonché, avverte l'Autore, questa evoluzione genera un senso di smarrimento nel giudice. Considerazioni analoghe in O.O. Cherednychenko, *Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?*, cit., p. 39.

[31] Il tema investe la portata del divieto di discriminazione nell'ambito dei rapporti di diritto privato. In arg., di recente, G. Di Lorenzo, *Contratto e divieto di discriminazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 574 ed ivi bibliografia.

dei diritti fondamentali nell'ambito dei rapporti contrattuali, ovvero - in altri termini - all'efficacia orizzontale delle convenzioni in materia di diritti fondamentali. In passato il tema era di stretta pertinenza pubblicistica, in quanto concerneva il rapporto tra individuo e Stato. Oggi, la dimensione assunta da determinati assetti contrattuali può generare gli stessi rischi di prevaricazione che tradizionalmente si ricollegano ai rapporti pubblicistici[32]. Anche questa prospettiva di indagine comincia ad affacciarsi negli studi dedicati alla materia contrattuale[33].

Un terzo ordine di problemi scaturisce dal sempre maggiore "interventismo" delle autorità amministrative in materia negoziale. Non è in discussione la legittimazione ad effettuare questi interventi, anche se giova ricordare che - a stretto rigore - sia il codice civile sia la Costituzione strutturano il rapporto dialettico nei termini "contratto vs. legge", ed affidano la mediazione al giudice ordinario. Il punto delicato attiene alla tutela giurisdizionale: se è vero che i provvedimenti dell'autorità amministrativa sono sindacabili davanti ad un giudice, questo giudice non è quello ordinario ma quello amministrativo. Qui emerge il vero *punctum dolens*, perché che le decisioni del giudice amministrativo non sono soggette alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione e, pertanto, vi è un concreto rischio che, in sede giurisdizionale, si formino e si consolidino valutazioni divergenti circa gli assetti negoziali e le loro ricadute sull'assetto del mercato.

6. segue: *b) il giudice ordinario e le categorie civilistiche*

Fermo quanto ora osservato circa il ruolo delle autorità amministrative e la relativa ricaduta giurisdizionale, nell'articolazione degli strumenti di tutela contrattuale resta ovviamente fondamentale il ruolo del giudice

[32] In questi termini A. Gentili, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 194. Si veda anche D. Wielsch, *The Function of Fundamental Rights in EU Private Law – Perspectives for the Common European Sales Law*, in *European Contract Law Review*, 2014, p. 365 ss.

[33] In arg. anche A. Zoppini, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" (Principi e problemi della* Drittwirkung *nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 732, con specifico riguardo alle libertà fondamentali derivanti dai Trattati europei ed al loro impatto sul funzionamento del mercato. *Adde* L. Nonne, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 4, il quale segnala la natura antagonistica del rapporto tra le libertà fondamentali e la giustizia contrattuale.

ordinario. L'evoluzione sopra descritta ha però inciso in maniera significativa anche sul *modus operandi* di questo giudice e sul suo approccio ai fenomeni contrattuali. Anche in questo caso si tratta di affrontare un tema molto vasto e molto attuale nel dibattito scientifico; in questo scenario si colgono due profili, tra loro correlati, meritevoli di approfondimento.

Il primo consiste nella profonda trasformazione che ha caratterizzato l'istituto delle invalidità negoziali[34] e, soprattutto, il ruolo assolutamente predominante ivi assunto dalla nullità a scapito dell'annullabilità. Con qualche approssimazione, si può affermare che le nullità di protezione di derivazione europea hanno finito per occupare buona parte dello spazio che precedentemente l'ordinamento interno riservava all'istituto dell'annullabilità[35]. Il mutamento è significativo, se solo si considera - in base all'insegnamento tradizionale - l'annullabilità viene ricollegata alle istanze di tutela degli interessi particolari del singolo contraente e che, pertanto, l'intero apparato remediale è affidato all'iniziativa della parte, senza alcun ruolo di supplenza da parte del giudice[36].

In questo nuovo scenario l'istituto della nullità è ora divenuto - secondo la dottrina[37] - un rimedio che supera la dimensione della fattispecie ed investe anche il piano del regolamento negoziale, ossia all'insieme degli effetti che da quel negozio scaturiscono. Questo ampliamento della rilevanza della nullità si traduce nel rafforzamento dei poteri del giudice e del ruolo che questi è chiamato a svolgere di fronte all'atto negoziale. Scorrendo la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di applicazione della dir. 93/2013[38], si trae

[34] In arg. R. Natoli, *Il contratto "adeguato"*, cit., p. 30.

[35] Cfr. V. Scalisi, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in Id., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 127.

[36] Raffronto tra i due istituti in A. Albanese, *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2012, p. 513.

[37] Cfr. V. Scalisi, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., p. 137; S. Mazzamuto, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 605; M. Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, p. 323.

[38] Si vedano C. Giust. CE, 4 giugno 2009, C-243/08 *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustiké Győrfi*; C. Giust. UE, 3 giugno 2010, C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*; C. Giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino*; C. Giust UE, 21 aprile 2016, C-377/14, *Ernst Georg Radlinger e Helena Radlingerová v. Finway a.s.*; C. Giust., UE 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo e Ana María Palacios Martínez v. Cajasur Banco e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)*; C. Giust. UE, 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus SA v. Jesús Gutiérrez García*.

la netta impressione secondo cui, a fronte di una clausola abusiva, il giudice ordinario è sostanzialmente obbligato ad intervenire per rimuoverla, a meno che non vi sia un'espressa e consapevole presa di posizione in senso contrario da parte del consumatore[39].

Questa impostazione si giustifica non solo e non tanto in considerazione delle esigenze di tutela della parte debole, ma soprattutto per l'attenzione verso l'assetto del mercato, quale condizionato dalla presenza della clausola abusiva[40]: quest'ultima deve essere rimossa, perché si ritiene funzionale alle esigenze del mercato impedire a quel professionista (e, più in generale, al ceto dei professionisti) di avvalersi di quella clausola. Si conferma quindi che la *ratio* sia dell'intervento legislativo sia degli orientamenti giurisprudenziali non si limita alla posizione del singolo contraente, ma prende in considerazione il mercato nel suo insieme[41]. Non a caso, del resto, la Corte di Giustizia riconduce espressamente il tema della tutela del consumatore e del riequilibrio delle posizioni negoziali al concetto di ordine

[39] Considerazioni anche critiche sul punto in A. Albanese, *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., p. 517, secondo il quale attribuire alla parte legittimata ad agire il potere di opporsi al rilievo d'ufficio della nullità relativa, valutandone la convenienza in base a criteri puramente soggettivi, significa contraddire l'intrinseco carattere paternalistico della tutela, che consiste proprio nell'affidare al giudice il compito di sindacare, in presenza di determinate fattispecie di abuso, l'equilibrio del regolamento pattuito dai contraenti. Il tema è discusso da F. Azzarri, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ.*, 2017, p. 80 ss., che avverte, nell'operatività del rimedio, la tensione tra dimensione individuale (controllo sulla giustizia normativa del singolo contratto) e dimensione sovraindividuale (che, attraverso la prima, contribuisce a depurare il mercato da manifestazioni negoziali viziate perché asimmetriche). In arg. anche O.O. Cherednychenko, *Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?*, cit., p. 63.

[40] In questi termini A. Gentili, *La* «nullità di protezione», cit., p. 92: quel che spinge a tutelare il c.d. contraente debole è (anche, e talora soprattutto) il danno al mercato.

[41] Il concetto è ormai penetrato anche nella giurisprudenza interna. Si veda il seguente brano, tratto da Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242: «3.12.1 [….] Il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.: si pensi alla disciplina antitrust, alle norme sulla subfornitura che sanzionano con la nullità i contratti stipulati con abuso di dipendenza economica, alle disposizioni sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che stabiliscono la nullità di ogni accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, ex D.Lgs. n. 231 del 2002), poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese. La pretesa contraddizione fra legittimazione riservata e rilevabilità d'ufficio risulta soltanto apparente, se l'analisi resta circoscritta al profilo della rilevazione della causa di nullità».

pubblico[42], fornendo così una indicazione vincolante anche per il giudice nazionale.

Qui si delinea il secondo dei profili problematici precedentemente accennati a proposito dell'articolazione degli strumenti di tutela: l'ampio utilizzo dell'istituto della nullità, infatti, apre vasti spazi per interventi di natura demolitoria sugli assetti negoziali concordati tra le parti, ossia i soggetti del mercato. Il ricorso alla nullità implica necessariamente una *pars destruens*, vale a dire la rimozione della pattuizione ritenuta invalida dall'ambito del giuridicamente rilevante[43]. Ci si chiede tuttavia se il compito del giudice si esaurisca nel rilevare tale nullità, oppure se esso includa anche una *pars construens* ed, in questo secondo caso, quali siano i criteri da seguire; si apre così il delicatissimo tema della eterointegrazione giudiziale del contratto[44].

In materia di contratti dei consumatori, le indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia non sono del tutto univoche[45], ed appaiono piuttosto caratterizzate dall'esigenza di individuare, volta per volta, qual è la soluzione più funzionale alle esigenze di funzionamento del mercato[46]. Così, il giudice

[42] Cfr. C. Giust. UE, 30 maggio 2013, C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse e Katarina de Man Garabito v. Jahani BV*; C. Giust. UE, 1 ottobre 2015, C-32/14, *ERSTE Bank Hungary Zrt v. Attila Sugár*; C. Giust. UE 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, cit. Nella nostra dottrina si sofferma sul punto G. Spoto, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 260.

[43] Nei termini precisati dal Giudice di legittimità nella sua massima espressione. Si vedano Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

[44] A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 65, segnala che il giudizio di nullità parziale diventa così uno dei luoghi privilegiati dell'integrazione del regolamento negoziale mediante buona fede.

[45] Così anche M. Della Casa, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 337.

[46] Così, ad esempio, in C. Giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, cit. «65 [….] i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima. Infatti, detto contratto deve sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile. [….] 69 [….] se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della direttiva 93/13. Infatti tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive […], dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in

nazionale è invitato a fermarsi alla *pars destruens*, oppure a colmare il vuoto così creato, a seconda di quello che, caso per caso, risulta essere l'esito preferibile della controversia rispetto alle dinamiche del mercato.

Se quello ora tratteggiato è -a grandi linee -il quadro offerto dal diritto europeo, lo scenario del diritto interno (italiano) richiede qualche ulteriore precisazione. A tale proposito giova premettere che, nella trama delineata dal legislatore europeo, l'espansione dell'istituto della nullità negoziale investe in misura decisamente prevalente l'ambito dei rapporti di consumo (c.d. B2C). Il legislatore italiano, invece, tende ad impiegare la nullità anche nell'ambito dei rapporti tra imprenditori (c.d. B2B), come attesta soprattutto la disciplina dell'abuso di dipendenza economica, sia nella sua formulazione generale, sia nella sua declinazione a specifici settori di mercato[47].

L'ampiezza (se non proprio genericità) con cui le norme interne sono formulate fa sì che il giudice nazionale, allorché sia chiamato a pronunciarsi su una controversia tra imprenditori, disponga di una maggiore libertà di movimento rispetto a quanto è dato riscontrare nelle controversie imperniate su rapporti di consumo, posto che rispetto a queste ultime le indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia sono tendenzialmente vincolanti[48]. In altri

modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti». Nella decisione C. Giust. UE, 30 aprile 2014, C-26/13, *Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt*, si legge invece quanto segue: «81 [….] il fatto di sostituire ad una clausola abusiva una disposizione siffatta nella quale [….] si ritiene che non siano inserite clausole abusive, nel senso che sfocia in un risultato tale che il contratto può sussistere malgrado la rimozione della clausola III/2 e continua ad essere coercitivo per le parti, è pienamente giustificato data la finalità della direttiva 93/13. 82 Infatti la sostituzione ad una clausola abusiva di una disposizione nazionale di natura suppletiva è conforme all'obiettivo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 dato che, secondo la giurisprudenza consolidata, tale disposizione tende a sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime e non ad annullare qualsiasi contratto contenente clausole abusive [….] 83 Viceversa se, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, non fosse consentito sostituire ad una clausola abusiva una disposizione di natura suppletiva, obbligando il giudice ad annullare il contratto nel suo insieme, il consumatore potrebbe essere esposto a conseguenze particolarmente dannose talché il carattere dissuasivo risultante dall'annullamento del contratto rischierebbe di essere compromesso».

[47] Il riferimento corre all'art. 62 d.l. 1/2012. Ampia analisi in A. Albanese, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, in *Annuario del contratto 2015*, Torino, 2016, p. 1 e ss., ove anche raffronti con la disciplina sull'abuso di dipendenza economica *ex* art. 9 Legge 192/1998 (*ibidem*, p. 17 e ss.). In arg. anche S. Pagliantini, *Il "pasticcio" dell'art. 62, l. n. 21/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, in G. D'Amico, Id., *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 195 s.

[48] In arg. S. Mazzamuto, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, cit., p. 605, il quale

termini, il dato normativo italiano sembra orientato ad attribuire al giudice un ruolo più incisivo nei rapporti B2B rispetto a quanto avviene nei rapporti B2C[49].

In tal senso è indicativa la disciplina sull'abuso di dipendenza economica, la quale articola la tutela giurisdizionale su tre ordini di rimedi: l'invalidazione della clausola, il risarcimento del danno e l'inibitoria; soprattutto il primo ed il terzo consentono al giudice di intervenire nel merito della regola negoziale[50], ad esempio ordinando il protrarsi dell'esecuzione di un dato rapporto, oppure stabilendo le condizioni economiche del medesimo, in sostituzione di quanto convenuto tra le parti[51]. Il dato normativo non prevede, per i rapporti B2C, una gamma così vasta di rimedi esperibili.

L'esercizio di questi poteri da parte del giudice presuppone che questi sia in grado di valutare la controversia sottopostagli collocandola nell'ambito del mercato di riferimento, e quindi superando la mera dimensione bilaterale[52]. Si coglie qui un punto cruciale dell'odierno dibattito in tema di eterointegrazione del contratto, perché occorre essere consapevoli che esso implica un salto di qualità nel *modus operandi* del giudice ordinario[53]. D'altra parte, però, non sembrano esservi dubbi su questa linea di tendenza, che trovi precisi riscontri in sede europea, sia legislativa[54] sia giurisprudenziale[55].

In questo contesto, la nostra dottrina guarda con crescente favore

rileva l'esistenza di una divaricazione tra le posizioni legalistiche della giurisprudenza europea e la maggiore creatività di quella nazionale.

[49] Considerazioni sul punto in E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1277, la quale sottolinea la diversa struttura dei contratti B2C rispetto a quelli B2B e, dunque, l'impossibilità di estendere ai secondi gli strumenti di controllo previsti per i primi.

[50] In arg. V. Scalisi, *Dal controllo dell'atto al governo del regolamento*, in Id., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., 162; Ph. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 68; S. Pagliantini, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in G. D'Amico, Id., *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, cit., p. 93 s.

[51] Si vedano, ad esempio, le due decisioni Trib. Massa, 26 febbraio 2014 e 15 maggio 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 218 con nota di V. Bachelet, *La clausola squilibrata è nulla per abuso di dipendenza economica e il prezzo lo fa il giudice: note a margine di un caso pilota.*

[52] Il tema è avvertito con chiarezza da L. Nonne, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 86.

[53] In arg. di recente F. Macario, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 515.

[54] Indicativa in tal senso è, ad esempio, la disciplina sul risarcimento del danno *antitrust*, nei termini configurati dalla dir. 104/2014, poi recepita con il d. legisl. 3/2017.

[55] A partire dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea; cfr., ad esempio, C. Giust. UE, 30 aprile 2014, C-26/13, cit.

all'impiego del diritto dispositivo, da intendersi come espressione di una equilibrata composizione degli interessi che si contrappongono in ciascun tipo di contratto, e quindi quale modello - secondo un criterio di normalità - del corretto esercizio dell'autonomia negoziale privata[56]. A ben vedere, tuttavia, già il nostro codice civile offre diversi spunti in questo senso, se solo si considera l'art. 1474 c.c. in tema di vendita, o l'art. 1657 c.c. in tema di appalto.

7. *Il problema dell'eterointegrazione del contratto tra norme e principi*

L'eterointegrazione del contratto da parte del giudice costituisce un tema estremamente delicato e complesso, che si interseca con un'altra questione al centro del dibattito scientifico attuale, vale a dire le riflessioni sul c.d. declino della fattispecie e sull'affermarsi di una legislazione per principi[57].

Lo sviluppo del discorso rende a questo punto inevitabile un approfondimento sul concetto di buona fede e sull'impiego sempre più frequente che se ne riscontra nell'ambito delle controversie di natura contrattuale[58]. In particolare, occorre realisticamente prendere atto dell'esistenza ormai consolidata di un itinerario argomentativo che lega la buona fede alla solidarietà menzionata nell'art. 2 Cost. e che, su questa base, ritiene di poter correggere dall'esterno le pattuizioni negoziali, anche sovrapponendosi alla diversa volontà dei paciscenti[59]. Questa posizione

[56] In questi termini si esprime G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in Id., S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, cit., p. 44. Valutazioni diverse in A. Albanese, *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., p. 519. In dottrina, di recente, S. Patti, *Il contratto tra* «autonomie de la volonté» e moderno «zwingendes Vertragsrecht», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 378; F. Azzarri, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, cit., 6p. 3, nonché E. Battelli, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, p. 466 ss.; A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 250.

[57] In arg., nell'ambito di una vasta letteratura, di recente G. Vettori, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 693; A. di Majo, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 715. *Contra* N. Irti, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 811.

[58] E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1274, ricollega l'avvio di questa "stagione" all'introduzione della disciplina sulla tutela del consumatore, che ha intaccato il modello tradizional-liberista riflesso nel codice civile.

[59] Tra le varie opere, si veda, P. Perlingieri, *"Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204, *passim*. Nello stesso senso anche

trova autorevoli riscontri in sede giurisprudenziale, da parte del Giudice di legittimità[60], ma anche da parte del Giudice delle leggi[61].

Il tema è però controverso, come attestano autorevoli voci sia dottrinali[62] sia giurisprudenziali[63] orientate in senso contrario, o comunque prudenti

M. Pennasilico, *Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, *ivi*, p. 173 ss.; Id., *"Ménage à trois": la correzione giudiziale dei contratti, ivi*, 2016, p. 201 ss. In arg. anche D. Achille, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 42, ed ivi ulteriori citazioni. Precisazioni in F. Piraino, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 240, secondo il quale la giustizia promossa dalla buona fede è quella realizzata con il meccanismo della rivisitazione: la possibilità di un secondo momento di valutazione che permetta di arricchire o di correggere o di sovvertire le conclusioni del primo momento di apprezzamento, quello condotto alla stregua dei criteri di giudizio più evidenti, perché espressi, testuali, concordati.

[60] Si vedano, con varie sfumature, Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128; Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726; Cass., 5 marzo 2009, n. 5348; Cass., 19 giugno 2009, n. 14343; Cass., 1 aprile 2011, n. 7557; Cass., 21 gennaio 2014, n. 1179; oltre alla celebre sentenza Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 (caso Renault). Su quest'ultima decisione un'interessante osservazione si legge in S. Patti, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 241, secondo il quale analoghe utilizzazioni dei principi non si riscontrano nemmeno nell'ordinamento tedesco.

[61] Chiaro il riferimento alle due note ordinanze in tema di caparra confirmatoria: Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248 e Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77. Nell'ambito di una vasta letteratura, si vedano le considerazioni di E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1268, la quale critica l'impiego della buona fede quale regola di validità della clausola contrattuale.

[62] Argomentata esposizione in G. D'Amico, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 489 ss., il quale conclude l'analisi segnalando il rischio di introdurre un principio antagonista rispetto a quello della libertà contrattuale. Quest'ultima, infatti, non subirebbe più i limiti già previsti dalle norme, ma si verrebbe assoggettata ad un generale potere di controllo, senza garanzie di sorta. In altri termini, il rischio che si annida nell'applicabilità diretta dei principi costituzionali da parte dei giudici è quello di trasformare un ordinamento di diritto scritto (qual è il nostro) in qualcosa di diverso, ovvero di affiancare al diritto scritto un diritto di fonte giurisprudenziale, fondato sull'equità, idoneo a derogare al primo ogni qualvolta le caratteristiche del caso concreto segnalino come ingiusto l'esito che in base ad esso scaturisce (*Ibidem*, p. 494).Perplessità sull'ampliamento delle prerogative del giudice si leggono in E. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, cit., p. 639.

[63] Posizioni più prudenti, in effetti, si colgono nelle seguenti decisioni: Cass., 29 settembre 2005, n. 19024; Cass., 7 maggio 2013, n. 10568; Cass., 30 giugno 2014, n. 14776. In questo senso anche la recente decisione in tema di usura sopravvenuta Cass., sez. un., 19 ottobre 2017, n. 24675, ove si legge quanto segue: «la buona fede è criterio di integrazione del contenuto contrattuale rilevante ai fini dell'"esecuzione del contratto" stesso (art. 1375 c.c.), vale a dire della realizzazione dei diritti da esso scaturenti. La violazione del canone di buona fede non è riscontrabile nell'esercizio in sé considerato dei diritti scaturenti dal

e guardinghe rispetto a questi sviluppi. Sintetizzando, gli orientamenti da ultimo menzionati sottolineano, innanzitutto, come la solidarietà sia un concetto esogeno e distinto rispetto alla logica del contratto e del mercato; aggiungono poi che la clausola generale di buona fede opera in senso non demolitorio, bensì rafforzativo ovvero integrativo[64], rispetto alle pattuizioni negoziali delle parti; ricordano, infine, che la buona fede in materia contrattuale non necessita - volendo ricordare una celebre espressione - di una stampella costituzionale[65], e che comunque con maggiore pertinenza l'aggancio alla Carta fondamentale può essere individuato nella sede in cui il legislatore costituente ha cercato di inquadrare l'autonomia contrattuale ed il mercato[66], vale a dire l'art. 41 Cost., ove però si parla di "utilità sociale" e non di solidarietà[67].

In effetti, il concetto di solidarietà previsto all'art. 2 Cost. presuppone un ordine di valutazioni che poco ha a che fare con la storia e con la logica sia del contratto sia del mercato[68]. Se è vero che il contratto è lo strumento principale per il funzionamento del mercato, e se è vero che l'autonomia contrattuale rappresenta un valore proprio perché consente lo sviluppo dei mercati, è utile ricordare un monito quanto mai autorevole, il quale avverte

contratto, bensì nelle particolari modalità di tale esercizio in concreto, che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso». In dottrina concetti analoghi si ritrovano, ad es., nella pagina di M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, p. 610.

[64] In questi termini G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 270. Cfr. anche M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 584; A. D'Angelo, *La buona fede*, in *Tratt. Bessone*, XIII, IV**, Torino, 2004, p. 49. In arg. anche L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa,* 1997, I, p. 9; C. Castronovo, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 778; A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, p. 191.

[65] Cfr. L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 9 s.

[66] Oppure alla funzione sociale *ex* art. 42, come suggerisce G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., p. 263.

[67] Cfr. M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 177.

[68] Lucide considerazioni in F. Denozza, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Oss. dir. civ.*, 2016, p. 443 ss.: secondo l'autore, l'odierna esaltazione dottrinale delle clausole generali (in particolare, solidarietà) è frutto di una contingenza casuale, da identificare nel legame personale di alcuni autori con la stagione di riflessione sull'attuazione dei valori costituzionali. Occorre però considerare che il contesto europeo ed internazionale sono ben lungi dall'essere ispirati a pluralismo e solidarietà, ma sono dominati dalla neoliberale, e ben poco solidale, esaltazione della competitività e da un ossessivo riferimento alle logiche di mercato. A tale ultimo proposito si veda, ad es., A. Schwartz, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, in 113 *Yale Law Journal* (2003), p. 549.

che: "*se si vuole la libertà di contratto si deve pure ammettere che una parte possa perdere e l'altra guadagnare*"[69].

A questo punto il discorso si sposta sul piano del metodo ed, in questa prospettiva, giova menzionare un'altra prestigiosa voce dottrinale, particolarmente sensibile alle tematiche qui discusse, la quale ricorda che "*mercato è il luogo dell'agire razionale; contratto è la forma di codesta razionalità*"[70]. L'affermazione, debitamente storicizzata, guarda ad un contesto ancora fortemente impregnato dalla logica illuministica ed, in particolare, dal primato della legge statuale come strumento principale (se non esclusivo) della mediazione tra gli interessi rilevanti a livello socioeconomico.

L'epoca contemporanea ha visto scemare non solo il monopolio statuale della legislazione, ma -più specificamente -il ruolo stesso della funzione legislativa dello Stato come sede di composizione delle diverse istanze socioeconomiche[71]. Uno dei fattori che hanno contribuito a questa evoluzione può essere ravvisato nel superamento della dimensione statuale del mercato: determinati fenomeni imprenditoriali hanno stabilmente assunto una consistenza sovranazionale, se non proprio mondiale, e sono governati da soggetti che agiscono in proprio su questo scenario.

Questi imprenditori stabiliscono unilateralmente le regole negoziali del proprio operare sul mercato, e le regole così predisposte finiscono per imporsi da sé sui mercati di riferimento, anche a scapito degli Stati nazionali. Il legislatore statuale, infatti, fatica ad imporre le proprie norme a soggetti che sono provvisti di tale forza economica, nonché - sovente - particolarmente agguerriti sotto il profilo tecnico-giuridico[72]. Il fenomeno della c.d. globalizzazione, che contraddistingue l'età contemporanea, sconvolge dunque uno dei pilastri del tradizionale discorso giuridico, vale a dire il primato della legislazione, cui si guardava come sede dei criteri per la risoluzione delle controversie tra privati.

Nel nuovo scenario che così si apre si registrano varie tendenze. Una di queste è rappresentata dallo sviluppo di una legislazione sovranazionale (i.e. europea), che tende a riprodurre la coincidenza spaziale tra mercato di riferimento e ambito applicativo delle norme. Ma si tratta di una legislazione profondamente diversa nel metodo, perché - come giustamente è stato

[69] Così L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 19.
[70] N. Irti, *Un contratto "incalcolabile"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 17.
[71] In arg. F. Piraino, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale"*, cit., p. 236, che avverte il declinare dello Stato come luogo di progettazione sociale ed economica.
[72] Considerazioni in S. Patti, *Il contratto tra* «autonomie de la volonté» e moderno «zwingendes Vertragsrecht», cit., p. 375.

osservato[73] - essa si fonda non su concetti astratti, ma su concreti obiettivi di politica economica. Occorre aggiungere che questa legislazione non scaturisce da un processo democratico ispirato alla sovranità popolare, ma è caratterizzata da non pochi tecnicismi procedurali e, occorre riconoscere, talora contrattata in maniera non sempre trasparente.

Un'altra linea di tendenza è rappresentata dal nuovo, è ben più incisivo, ruolo assunto dalla giurisdizione. Il giudice contemporaneo, dismessi i panni di "bouche de la loi", e liberatosi dalla camicia di forza della teoria della fattispecie, si considera investito del potere di decidere la controversia superando il dato formale offerto dal diritto positivo ed attingendo direttamente ai principi e/o ai valori, che egli ritiene di individuare mediante il confronto diretto con la Carta costituzionale[74]. A questa linea di tendenza non è probabilmente estranea l'idea secondo cui la norma primaria non offra più gli strumenti adeguati per contrastare lo strapotere dei soggetti forti del mercato e, dunque, si renda necessario ricorrere a mezzi più incisivi, come quelli che possono ricavarsi da una fonte sovraordinata ed inattaccabile quale la Costituzione.

Questa traiettoria evolutiva appartiene ormai al dato storico-fattuale e, dunque, non avrebbe senso contrastarla, anche alla luce di numerose ed autorevoli voci dottrinali che ne spianano la strada[75]. Non è però fuori di luogo ricordare che anche la funzione giurisdizionale è un potere soggetto ad apposite regole, ed una di queste risiede certamente nell'esigenza che le sue decisioni siano motivate e, pertanto, controllabili e verificabili[76]; a sua

[73] A. Gentili, *La* «nullità di protezione», cit., p. 77.

[74] L'evoluzione è descritta con grande lucidità da N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1121 ss.

[75] Cfr., di recente, P. Grossi, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1138.

[76] Lo ricorda N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 6 ss. Sull'evoluzione del ruolo del giudice cfr. anche M. Nuzzo, *Abuso del diritto e "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 975, il quale ricorda che l'attuale evoluzione del ruolo della giurisdizione può essere condivisa solo ove si dimostri che il potere così attribuito al giudice non è a sua volta arbitrario, e che le sue decisioni sono controllabili sulla base di criteri oggettivi e ripetibili in casi analoghi. Ampia discussione in F. Denozza, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, cit., p. 427 ss., con riferimento alle diverse stagioni del capitalismo, fino al cruciale interrogativo se, nella fase attuale (capitalismo neoliberale), serve ancora la prevedibilità delle decisioni giudiziarie (*Ibidem*, p. 436). L'attualità e la vivacità del tema è confermata, tra l'altro, dalla raccolta di saggi pubblicati in *Questione giust.*, 2016, n. 4, ove soprattutto - per due visioni contrapposte - i contributi di L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa* (*p.* 13 ss.) e di F. Macario, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa* (p. 52 ss.).

volta ciò richiama l'istanza secondo cui tali decisioni siano tendenzialmente prevedibili, in maniera tale da consentire agli attori del mercato di ricavarne le opportune indicazioni operative per le loro condotte. In questo risiede, in ultima analisi, l'essenza della razionalità precedentemente evocata[77].

Il nodo del problema, dunque, concerne le scelte valoriali che il giudice compie nel momento in cui ritiene di sindacare le regole e le prassi negoziali adottate dagli operatori del mercato[78]. In particolare emerge l'esigenza di assicurare la coerenza tra l'oggetto della valutazione (l'operazione negoziale) ed il criterio all'uopo impiegato (il valore cui si attinge per risolvere la controversia)[79]. In parole più semplici e dirette, è auspicabile che il giudice, nel momento in cui interviene *ab externo* su una determinata relazione contrattuale, sia consapevole delle conseguenze che questo intervento può determinare non solo nella sfera dei contraenti che sono parte di quella specifica controversia, ma -più in generale - nel mercato in cui quella data operazione viene a collocarsi[80].

In questa delicatissima fase della funzione giurisdizionale un ruolo ancora importante può probabilmente essere assunto da quel glorioso, ma ingombrante, requisito del contratto che risponde al nome di causa. Come è stato ribadito ancor di recente, la causa del contratto deve la sua origine storica proprio all'esigenza di controllare la razionalità mercantile delle singole operazioni negoziali[81] ed, in questa prospettiva, essa consente di articolare il quadro degli strumenti di tutela contemperando le istanze particolari del singolo contraente con le esigenze generali del mercato di riferimento[82].

Il profilo della coerenza con le logiche e le dinamiche del mercato è dunque cruciale; a questa sottolineatura si accompagna l'avvertimento circa un possibile profilo di rischio. Infatti, se le scelte operate dal giudice attingono

[77] N. Irti, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, cit., p. 810.

[78] Toni particolarmente critici e preoccupati in N. Irti, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, cit., p. 806, il quale osserva che «*[i]l decidere secondo valori non ha dietro o dentro di sé né applicazione di norme, né giudizî in base a criterî 'riconoscibili', ma pura intuizione di 'essenze' o 'principî' assoluti, che trovano fonte nella volontà autoritativa del magistrato*». In arg. anche F. Benatti, *Contratto e poteri del giudice: il problema*, in *Banca borsa,* 2015, I, p. 699, *passim.* Diversa valutazione in F. Addis, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1039 ss.

[79] Cfr. H. Schulte-Nolke, *No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, cit., p. 214.

[80] In arg. già F. Kessler, *The Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract Role of Compulsion in Economic Transactions*, cit., p. 637.

[81] In questi termini M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 297.

[82] M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 148 ss. In questa prospettiva l'Autore recupera anche il pensiero di Emilio Betti (*Ibidem,* p. 110).

a valori incoerenti o incompatibili con le logiche sottese alle dinamiche del mercato, il soggetto forte può essere indotto a cercare altre sedi per la soluzione dei conflitti insorti con le proprie controparti[83], siano esse altri imprenditori, ma anche consumatori, come attestano alcune recenti indicazioni legislative sia nazionali sia sovranazionali[84]. Del resto, la grande impresa, così come ha dimostrato di avere la forza di incidere sulla sovranità del legislatore statuale, allo stesso modo può intervenire sull'ambito di operatività della funzione giurisdizionale, che deriva pur sempre la propria legittimazione dalla legge.

In ultima analisi, come è stato scritto di recente[85], è improprio affidare alla disciplina del contratto compiti di giustizia sociale. Quest'ultima affermazione comporta una presa di posizione verso la c.d. giustizia procedurale a fronte del contrapposto polo dialettico rappresentato dalla giustizia sostanziale[86], il cui raggiungimento - certamente auspicabile - resta però affidato a meccanismi e strumenti diversi da quelli di matrice squisitamente contrattuale. In conclusione, la disciplina del contratto è certamente un aspetto cruciale del funzionamento del mercato, ma occorre essere consapevoli del fatto che tale disciplina non può farsi carico di tutti i problemi che il sistema del mercato e della concorrenza genera a livello sociale[87].

[83] Il fenomeno è descritto - con toni non privi di preoccupazione - da C.L. Knapp, *Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law*, in 71 *Fordham Law Review* (2002), p. 772 ss.

[84] Il riferimento corre, in particolare, ai sistemi di soluzione stragiudiziale delle controversie. Ad esempio, nella dir. 11/2013, poi recepita con il d. legisl. 130/2015, si leggono i seguenti passaggi «*i consumatori tragg[o]no vantaggio dall'accesso a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo per risolvere le controversie nazionali e transfrontaliere derivanti da contratti di vendita o di servizi, in modo da rafforzare la loro fiducia nel mercato*" (considerando 4); "*L'obiettivo della presente direttiva è di contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno [….]*» (art. 1). Vi si coglie, dunque, una tendenza volta a collocare determinate controversie in una sede diversa da quella prettamente giurisdizionale, nonché a funzionalizzare i criteri decisionali alle esigenze del mercato e della concorrenza.

[85] Così E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1286 s., la quale precisa che "*il contratto rinnega sé stesso se è orientato verso la logica distributiva, mentre è quest'ultima che deve accompagnare i più deboli verso le esigenze del contratto e del mercato*". Della stessa Autrice anche cfr. anche Ead., *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, cit., p. 643. Converge su questa conclusione anche M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 179, il quale osserva che nel sistema costituzionale la solidarietà è intesa in una prospettiva redistributiva e perequativa. Questo sistema rimette alla politica di dosare la solidarietà, ma - ancora prima - esclude che la solidarietà prenda il luogo del mercato.

[86] Discussione in A. D'Angelo, *La buona fede*, cit., p. 212. Più di recente F. Piraino, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale"*, cit., p. 248 ss.

[87] Ampia analisi in A.T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, in 89 *Yale Law Journal* (1979-1980), spec. p. 501 ss.

Federica Boncristiano

Autorità private e mercati finanziari: il caso dei portali di equity crowdfunding

Sommario: 1. Premessa. Esposizione del problema – 2. I gestori di *trading venues* di strumenti finanziari: analogie e differenze – 2.1. I mercati regolamentati e gli altri sistemi multilaterali di negoziazione – 2.2. I portali di *equity crowdfunding* – 3. I modelli della regolazione privata – 3.1. Una tassonomia della regolazione privata – 3.2. Le funzioni regolative dei gestori dei mercati regolamentati – 3.3. Confronto con la disciplina dei gestori dei portali di *crowdfunding* – 4. Natura delle regole poste dai gestori di portali – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa. Esposizione del problema*

Così scriveva il prof. Bianca nel volume cui è dedicato questo Convegno: «Un problema, che ricorre *ancora* in dottrina è quello che attiene alla possibilità di ravvisare nel negozio una fonte normativa di diritto obiettivo […] l'affermazione che l'atto negoziale è costitutivo di norme può rispondere infatti all'idea di un autonomo ordinamento dei privati ma può anche rispondere all'idea di un unico ordinamento statale che conceda ai privati una ristretta competenza normativa».

L'osservazione è quanto mai attuale. La crescente complessità sociale, la globalizzazione e lo sviluppo tecnologico, di pari passo con i mutamenti degli assetti istituzionali ed economici, sono alla base del rinnovato interesse teorico nei confronti del tema delle autorità (e delle fonti) private[1]. La gestione dei mercati organizzati di strumenti finanziari rappresenta il terreno di elezione per l'osservazione del fenomeno: fin dagli anni Novanta del secolo scorso, la presa di coscienza del fallimento 'laico' dello Stato ha indotto a rimettere agli stessi operatori - con gli strumenti propri dell'autonomia d'impresa - la definizione delle dinamiche di mercato, nelle distinte fasi di

[1] Diffusamente sul tema, V. Di Cataldo, P. M. Sanfilippo (a cura di), *Fonti private del diritto commerciale. Atti del convegno di studi. Catania 21 e 22 settembre 2007*, Milano, I, 2008.

making, *monitoring* ed *enforcement* della regolamentazione.

Il dibattito sulle autorità private dei mercati finanziari sembra poter ricevere nuova linfa a seguito della comparsa di un'ulteriore realtà organizzata, i portali di *equity crowdfunding*, che occupano una posizione peculiare rispetto alle altre *trading venues*. I portali, infatti, non organizzano l'attività di negoziazione, bensì la sottoscrizione ed eventualmente la rivendita di valori mobiliari, con la finalità di facilitare il reperimento di capitali da parte di piccole e medie imprese, nonché di organismi di investimento collettivo del risparmio e di società che investono prevalentemente in piccole e medie imprese[2]. Sebbene non siano *species* del *genus* "sede di negoziazione"[3], i portali svolgono pur sempre una funzione ausiliaria rispetto all'incrocio fra domanda e offerta di capitali, funzione che comporta da parte dei gestori l'esercizio del potere di ammissione ed esclusione di emittenti e operatori.

I poteri dei gestori dei portali - a differenza di quanto accade per le società di gestione di mercati regolamentati - si dispiegano nelle lacune lasciate dalle previsioni di legge, scarne quanto alla disciplina del servizio e del tutto mute quanto allo statuto degli emittenti ammessi ai portali (fatta eccezione per il regime alternativo di circolazione delle quote di cui all'art. 100-*ter*, c. 2-*bis*, Testo Unico della Finanza, d'ora in poi T.U.F.)[4].

[2] Nel tempo si è assistito ad una progressiva apertura dello strumento dell'*equity crowdfunding*. Inizialmente il d.l. 179/2012 (c.d. Decreto crescita *bis*, convertito con modificazioni dalla l. 221/2012), che ha introdotto gli artt. 50- *quinquies* e 100-*ter* T.U.F., era stata congegnato per le start-up innovative. Successivamente, con il d.l. 83/2014 (c.d. Decreto Cultura e turismo, convertito con l. 106/2014), sono state ammesse al lancio delle offerte tramite portali le start-up turismo, e con il d.l. 3/2015 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti, convertito con modificazioni dalla l. 33/2015, c.d. *Investment compact*) il legislatore ha esteso anche alle PMI innovative costituite nella forma di s.r.l., la possibilità di raccogliere capitali di rischio attraverso il *crowdfunding*. Infine, la l. 232/2016 (Legge di Bilancio 2017) ha esteso la disciplina contenuta negli artt. 50-*quinquies* e 100-*ter* T.U.F. in materia di *equity crowdfunding* (introdotta dal d.l. 179/2012 per le start up innovative) a tutte le piccole e medie imprese (PMI) come definite dalla disciplina dell'Unione europea (Raccomandazione 361/2003/CE). Sul punto, si rinvia a E. Fregonara, *Il restyling del Regolamento Consob in tema di equitycrowdfunding*, in *NDS*, 2016, 6, p. 33 ss. In sede di recepimento della dir. 2014/65/UE, il d. legisl. 129/2017 (non ancora in vigore) ha modificato la rubrica dell'art. 50-*quinquies* T.U.F. come segue: *Gestione di portali per la raccolta di capitali per le piccole e medie imprese e per le imprese sociali*. Inoltre sono stati conseguentemente abrogati i c. 5-*decies* e 5-*undecies* dell'art. 1, T.U.F., relativi alle nozioni di "start-up innovativa" e "PMI innovativa".

[3] Come sembra chiaramente escludere il nuovo testo dell'art. 1, c. 5-*octies*, lett. c), sostituito per effetto delle modifiche al T.U.F. introdotte con il d. legisl. 129/2017.

[4] Le deroghe agli artt. 2468 e 2474 c.c. per start up e PMI costituite in forma di società a responsabilità limitata sono in funzione della possibilità di offerta tramite portali on-line, ma non sono subordinate all'ammissione. Infatti, l'art. 26 d.l. 179/2012 riconosce alle

Emblematico è il caso delle regole societarie di trasparenza: la disciplina dei patti parasociali, ad esempio, non è posta dalla legge; il Regolamento Consob[5] si limita a imporre ai gestori dei portali di verificare la presenza di apposite clausole nello statuto degli emittenti[6]. Obbligo che legittima il

start up innovative la facoltà di creare, nei limiti imposti da legge, categorie speciali di quote potendone determinare il contenuto (c. 2); conformemente ai limiti imposti dalle leggi speciali, le suddette quote possono essere oggetto di offerta al pubblico (c. 5); e infine decade il divieto delle operazioni sulle proprie quote "qualora l'operazione sia compiuta in attuazione di piani di incentivazione che prevedano l'assegnazione di quote di partecipazione a dipendenti, collaboratori o componenti dell'organo amministrativo, prestatori di opera e servizi anche professionale". La disciplina descritta è stata di recente estesa a tutte le PMI dall'art. 57, c. 1, d.l. 50/2017.

[5] La base normativa della disciplina si costruisce sul d.l. 179/2012, c.d. Decreto crescita *bis*, convertito con modificazione dalla l. 221/2012, che ha introdotto nella trama del T.U.F. gli artt. 50-*quinquies*, c. 2, originariamente rubricato «Gestione dei portali per la raccolta di capitali per le start-up innovative», e 100-*ter*, «Offerte attraverso portali per la raccolta di capitali», a cui la Consob ha dato attuazione tramite il Regolamento n. 18592/2013, «Raccolta di capitali di rischio da parte di imprese start-up innovative tramite portali *online*», sottoposto precedentemente a consultazione il 29 marzo 2013 e poi pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 162 del 12 luglio 2013. L'estensione dei soggetti ammessi alla raccolta sul portale e la Valutazione dell'Impatto della Regolazione (VIR) hanno imposto un aggiornamento della disciplina. All'esito delle due consultazioni del 19 giugno 2015 e del 3 dicembre 2015, la revisione al Regolamento è stata approvata con delibera 19520/2016 e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 4 marzo 2016. La modifica introdotta dalla l. 232/2016 ha comportato la sottoposizione a nuova consultazione del reg. 18592/2013, consultazione apertasi il 6 luglio 2017 e conclusasi in data 21 agosto 2017. In sintesi, *Documento di consultazione - Revisione del Regolamento n. 18592/2013 del 26 giugno 2013 sulla raccolta di capitali di rischio tramite portali on-line*, pubblicato il 6 giugno 2017, disponibile in *http://www.consob.it/web/area-pubblica/consultazioni?viewId=consultazioni_in_corso*. In particolare, l'art. 100-*ter*, c. 2, T.U.F., costituisce il fondamento legale dell'esercizio del potere regolamentare in materia di emittenti: «La Consob determina la disciplina applicabile alle offerte di cui al comma precedente, al fine di assicurare la sottoscrizione da parte di investitori professionali o particolari categorie di investitori dalla stessa individuate di una quota degli strumenti finanziari offerti, quando l'offerta non sia riservata esclusivamente a clienti professionali, e di tutelare gli investitori diversi dai clienti professionali nel caso in cui i soci di controllo della start-up innovativa o della PMI innovativa cedano le proprie partecipazioni a terzi successivamente all'offerta». Mentre a livello regolamentare, gli obblighi di verifica sullo statuto dell'emittente imposti ai gestori dei portali, sono enunciati ai sensi dell'art. 24, rubricato "Condizioni relative alle offerte sul portale".

[6] Cfr. art. 24, c. 1, reg. Consob, «Ai fini dell'ammissione dell'offerta sul portale, il gestore verifica che lo statuto o l'atto costitutivo della start-up innovativa o della PMI innovativa preveda: a) il diritto di recesso dalla società ovvero il diritto di co-vendita delle proprie partecipazioni nonché le relative modalità e condizioni di esercizio nel caso in cui i soci di controllo, successivamente all'offerta, trasferiscano direttamente o indirettamente il controllo a terzi, in favore degli investitori diversi dagli investitori professionali o dalle

gestore a "omologare" le regole statutarie degli emittenti, ed, eventualmente a conformarne il contenuto all'interno dei propri regolamenti.

L'anomìa che contraddistingue le società ammesse ai portali di *equity crowdfunding* si contrappone al sistema di regolazione delle società quotate, disegnato dalla legge (T.U.F. e, in funzione residuale, codice civile) e dai regolamenti Consob; i gestori dei mercati in cui ha luogo la quotazione svolgono un ruolo marginale, promuovendo al più l'autodisciplina.

Di qui l'interrogativo sulla natura giuridica delle regole di diritto societario eventualmente inserite dal gestore del portale nell'ambito del proprio regolamento: se esse rientrino nel novero delle c.d. *mandatory rules* - ovvero regole di diritto obiettivo - che esplicano la propria efficacia sul piano della validità indipendentemente dalla corretta recezione negli statuti delle società emittenti (potendo pertanto dar luogo all'invalidità delle deliberazioni assunte in violazione), ovvero se interferiscano esclusivamente nell'ambito dei rapporti tra gestore ed emittente, collocandosi sul piano delle regole di responsabilità. La tesi di fondo che qui si intende sostenere è che il dovere di verificare la presenza di determinate clausole nello statuto degli emittenti[7], imposto dal regolamento Consob[8] ai gestori dei portali, non incida sulla natura delle regole concernenti l'ammissione degli emittenti al portale medesimo e si debba pertanto escludere che a tali regole possa ascriversi valore di fonti di diritto obiettivo.

altre categorie di investitori indicate al comma 2 che abbiano acquistato o sottoscritto strumenti finanziari offerti tramite portale. Tali diritti sono riconosciuti per il periodo in cui sussistono i requisiti previsti dall'articolo 25, commi 2 e 4, del decreto e comunque per almeno tre anni dalla conclusione dell'offerta; b) la comunicazione alla società nonché la pubblicazione dei patti parasociali nel sito internet della società».

[7] E precisamente, delle clausole in materia di trasparenza dei patti parasociali e di *exit* in caso di passaggio di mano del controllo: cfr. art. 24 del reg. "il diritto di recesso dalla società ovvero il diritto di co-vendita delle proprie partecipazioni nonché le relative modalità e condizioni di esercizio nel caso in cui i soci di controllo, successivamente all'offerta, trasferiscano direttamente o indirettamente il controllo a terzi, in favore degli investitori diversi dagli investitori professionali o dalle altre categorie di investitori indicate al comma 2 che abbiano acquistato o sottoscritto strumenti finanziari offerti tramite portale. Tra le informazioni che devono essere fornite al momento dell'offerta vi sono, inoltre, la descrizione delle clausole "con riferimento alle ipotesi in cui i soci di controllo cedano le proprie partecipazioni a terzi successivamente all'offerta (le modalità per la *way out* dall'investimento, presenza di eventuali patti di riacquisto, eventuali clausole di *lock u*p e *put option* a favore degli investitori, ecc.) con indicazione della durata delle medesime, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 2465" (All. 3 al reg. Consob, punto 3, lett. d).

[8] Diffidente dalla "ideologia tecnocratica", è N. Irti, *Sul problema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2001, p. 699.

2. *I gestori di* trading venues *di strumenti finanziari: analogie e differenze*

2.1. *I mercati regolamentati e gli altri sistemi multilaterali di negoziazione*

A seguito della prima direttiva Mifid il nostro ordinamento finanziario contempla un trittico di fattispecie nel sistema delle *trading venues*: i mercati regolamentati di strumenti finanziari, i sistemi multilaterali di negoziazione e gli internalizzatori sistematici. Questi ultimi, a differenza degli altri due, rappresentano semplicemente una particolare modalità di svolgimento della propria attività di negoziazione o di esecuzione ordini da parte degli intermediari; manca dunque l'elemento della terzietà del gestore del sistema di scambi rispetto agli operatori, caratteristico dei mercati[9]. Nell'introdurre la nozione di "sedi di negoziazione", non a caso, in occasione del recepimento della direttiva Mifid II ne sono stati esclusi gli internalizzatori sistematici[10]. La regolazione dell'attività di scambio, nel caso degli internalizzatori sistematici, rimane nel campo dell'autonomia d'impresa e non sconfina nell'eteronomia che contraddistingue tutti (e solo) i sistemi multilaterali.

Come è noto, i sistemi multilaterali di negoziazione permettono l'incontro di interessi multipli di acquisto e di vendita e sono gestiti in base a regole non discrezionali (art. 1, c. 5-*octies*, T.U.F.). Le scelte riguardanti l'oggetto delle negoziazioni e l'organizzazione del mercato stesso sono rimesse alla piena discrezionalità del gestore, nel rispetto dei «requisiti minimi di funzionamento» fissati dalla Consob.

Anche i mercati regolamentati sono sistemi multilaterali, caratterizzati tuttavia da un *quid pluris*, ovverosia gli "strumenti finanziari, (sono) ammessi alla negoziazione conformemente alle regole del mercato stesso" (quotazione), il quale "è gestito da una società di gestione, è autorizzato e funziona regolarmente" (art. 1, c. 1, lett. w-*ter*, T.U.F.), ed inoltre è retto da un regolamento predisposto dalla società di gestione (art. 62). La differenza

[9] Per un approfondimento sulla disciplina prevista per le singole *trading venues*, si rinvia alla manualistica di settore, in specie R. Costi, *Il mercato mobiliare,* 10ª ed., Torino, 2016*;* F. Annunziata, *La disciplina de mercato mobiliare*, 8ª ed., Torino, 2015.

[10] Cfr. l'art. 1, c. 5-*octies*, T.U.F. (così come sostituito dal d. legisl. 129/2017, non ancora in vigore) che definisce "sede di negoziazione" i mercati regolamentati, i sistemi multilaterali di negoziazione e i sistemi organizzati di negoziazione, dovendosi intendere con tale ultima espressione ogni «sistema multilaterale diverso da un mercato regolamentato o da un sistema multilaterale di negoziazione che consente l'interazione tra interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi». Si veda inoltre l'art. 1, c. 5-*ter*, che nel definire gli internalizzatori sistematici, marca ora la differenza fra il carattere "organizzato" della negoziazione per proprio conto (o dell'esecuzione di ordini) e i sistemi multilaterali.

sul piano definitorio rispetto ai sistemi multilaterali di negoziazione si riflette sul piano della disciplina (artt. 60-*ter* ss. T.U.F.), in particolare nelle previsioni concernenti il regolamento, che definisce le coordinate organizzative e di funzionamento delle negoziazioni di strumenti finanziari, permettendo al gestore di esercitare le funzioni di *standard setting*, *supervision* e *dispute resolution*.

Non mancano tra le due fattispecie punti di convergenza a livello di disciplina. Tuttavia, per i mercati regolamentati risulta prevalente la componente giuridica del servizio, nel mentre per i sistemi multilaterali risulta prevalente la componente logistica[11]. La discrasia è confermata dal diverso regime della vigilanza e, ancor prima, di autorizzazione, in quanto «soltanto il provvedimento che attribuisce la qualità di mercato regolamentato» (e pertanto riveste valore costitutivo)[12] richiede un sindacato sui contenuti del regolamento (art. 63, c. 1, lett. b), T.U.F.), sottoposti a vigilanza su base continuativa, al fine di verificare che "la regolamentazione del mercato sia idonea ad assicurare l'effettivo conseguimento della trasparenza del mercato, dell'ordinato svolgimento delle negoziazioni e della tutela degli investitori" (art. 73, c. 4, T.U.F.). Per contro, la vigilanza sui contenuti nelle regole dei sistemi multilaterali di negoziazione - sia in fase di autorizzazione che successivamente - è preordinata esclusivamente a verificare la conformità alla disciplina comunitaria (art. 77-*bis*, c. 2, lett. c), T.U.F.).

[11] La componente giuridica e la componente logistica sono assunte come valore, la prima collocata in ascisse e la seconda in ordinate, di un immaginario sistema di assi cartesiani attraverso il quale, C. Motti, spiega "la relazione tra due classi di variabili giuridicamente significative". Con precisione alle ascisse sono posti i dati funzionali, come il sistema di contrattazione e l'accesso alle informazioni; mentre sull'asse verticale i dati strutturali che permettono di discernere tra le diverse tipologie di mercato. Continua l'A. affermando che «se le osservazioni formulate in precedenza sono condivisibili, il variare delle caratteristiche del sistema di contrattazione determina l'applicabilità di regole che riguardano essenzialmente il «modo di essere» del mercato, nel mentre il variare delle tipologie di prodotti e/o investitori determina l'applicabilità di regole che incidono anche sul «modo di operare» dell'organismo di gestione (e perciò potenzialmente idonee a fondare uno statuto speciale della funzione organizzatoria». C. Motti, *Mercati borsistici e diritto comunitario,* Milano, 1997, pp. 133-135.

[12] C. Motti, *Tipologia e disciplina delle trading venues*, in *Dir. banca,* 2009, p. 191 ss.

2.2 *I portali di* equity crowdfunding

I portali, come si è detto, non rientrano nel concetto di sedi di negoziazione, ora esplicitamente accolto dal nuovo testo del T.U.F., avendo l'offerta *on-line* ad oggetto esclusivamente la sottoscrizione o la rivendita di strumenti finanziari rappresentativi di capitale. Essi rappresentano, per contro, canali alternativi impegnati a facilitare la raccolta di capitali da parte di PMI, alla condizione che almeno nella misura minima del 5%, i titoli siano stati sottoscritti da parte di un investitore professionale[13], nonché di organismi di investimento collettivo del risparmio e di società di capitali che investono prevalentemente in PMI. Il portale, pertanto, rappresenta semplicemente una soluzione temporanea al finanziamento di impresa, per la durata dell'offerta, al termine della quale l'impresa può (ma non necessariamente deve) fare ingresso in una borsa maggiore ovvero in un mercato di crescita per le PMI[14].

Tuttavia, anche i gestori dei portali adottano un provvedimento (l'ammissione dell'emittente) che permette di lanciare un'offerta al pubblico -perché l'offerta sul portale è offerta al pubblico, sia pure temporalmente limitata, svolta in esenzione alla disciplina del prospetto per ragioni quantitative[15]. L'attività di un portale, da questo punto di vista, non è diversa da quella caratteristica dei gestori di un mercato regolamentato allorché ammettono un titolo alla quotazione. Sul piano della natura, la funzione è infatti analoga, ma si biforca sul piano della disciplina. In primo luogo, perché nel mercato maggiore, la borsa, l'offerta è preceduta dalla pubblicazione del prospetto di quotazione ed ha carattere stabile (nel mentre le offerte tramite portale, oltre ad essere limitate nel tempo, sono consentite solo al di sotto delle soglie quantitative di esenzione dalla relativa disciplina: v. ora il Regolamento UE 2017/1129)[16]. In secondo luogo, perché gli effetti

[13] Cfr. art. 24, c. 2, reg. Consob.

[14] Nella riscrittura dell'art. 61 T.U.F. ad opera della recente riforma intervenuta, ai sensi del c. 1, lett. g), è definito «mercato di crescita di una PMI: un sistema multilaterale di negoziazione registrato come un mercato di crescita per le PMI in conformità all'art. 69», articolo quest'ultimo che descrive i termini della fattispecie citata e le condizioni di ammissibilità e di operatività.

[15] Per una serie di rinvii a cascata -art. 100-*ter*, c. 1, letto in combinato disposto con l'art. 100, c. 1, lett. c) del T.U.F., e l'art. 2, c. 1, lett. g) del reg. 18592/2013- la soglia nel massimo è determinata, ai sensi dell'art. 34-*ter*, c. 1, lett. c), reg. Emittenti, nel corrispettivo totale di euro 5 milioni.

[16] Il Regolamento si applica a decorrere dal 21 luglio 2019, con eccezione per l'art. 1, par. 3, e l'art. 3, par. 2, che si applicano, invece, a far data dal 21 luglio 2018, e per l'art. 1, par. 5, c. 1, lett. a), b) e c), e per l'art. 1, par. 5, c. 2, che si applicano a decorrere dal

dell'ammissione all'offerta tramite portale sullo statuto dell'emittente sono pressoché nulli, a differenza di quanto accade a seguito dell'ammissione a quotazione in borsa. In terzo luogo, perché sulle decisioni del gestore del portale in materia di ammissione, sospensione o esclusione dei titoli non si esplica alcun controllo da parte della Consob.

3. *I modelli della regolazione privata*

Disegnata la mappa delle autorità private dei mercati finanziari, bisogna volgere l'attenzione al rapporto fra poteri privati dei gestori di mercato e regolatore pubblico.

Il fenomeno di *demutualization*[17], che è seguito all'abbandono della gestione dei mercati in forma burocratica[18], ha chiamato gli stessi operatori alla definizione delle dinamiche di mercato, nelle fasi di *making*, *monitoring* ed *enforcement* della regolazione attraverso il ricorso agli strumenti del diritto privato; poteri che devono necessariamente coordinarsi ai poteri della Consob. L'autorità di vigilanza e i singoli gestori dei mercati hanno instaurato una relazione dialettica, che, sviluppatasi lungo il crinale del confronto tra le regole del mercato di ascendenza privata e le regole di produzione pubblica, è destinata ad acuirsi per effetto prima degli scandali finanziari, poi del deflagrare della crisi.

3.1 *Una tassonomia della regolazione private*

Dei possibili rapporti di partecipazione tra i soggetti privati e l'autorità di vigilanza del mercato nei processi regolativi, voce autorevole in dottrina ha tentato di darne razionalità elaborando una "vera e propria tassonomia della regolazione privata"[19]. È possibile designare due diversi modelli, la c.d. *audited self regulation* e la c.d. co-regolazione, quali possibili forme di cooperazione tra soggetto privato e pubblico[20].

20 luglio 2017.

17 C. Motti, *Problemi attuali in tema di regolamentazione e governance delle borse «universali»*, in M. Lamandini, Ead. (a cura di), *Scambi su merci e derivati su commodities. Quali prospettive?*, Milano, 2006, p. 128 ss., in part. p. 133.

18 Per un ampio *excursus*, C. Motti, *Mercati borsistici e diritto comunitario*, cit.

19 L'espressione è mutuata da C. Motti, *Etica e regolatori privati: il caso dei mercati di borsa*, in Aa. Vv., *Studi per Franco Di Sabato*, I, Napoli, 2009, p. 524, nt. 26.

20 La classificazione bipartita è ormai consolidata a livello sia nazionale che comunitario,

La distinzione tiene conto, come parametro fondamentale, della posizione dei soggetti coinvolti nei processi regolativi. L'autoregolazione contempla la coincidenza tra chi pone la regola e il destinatario della stessa, ovvero c'è un cumulo nella qualità di regolatore e regolato in capo ad un unico soggetto[21]. Di converso, c'è una scissione tra regolatore e regolato in caso di coregolamentazione[22]: il regolato sarà un soggetto terzo su cui ricadranno i precetti regolamentari definiti dall'asse regolatore privato - regolatore pubblico[23].

Di conseguenza, l'espressione *self regulation* non risulta appropriata, laddove la struttura di gestione del mercato non sia espressione diretta dei soggetti regolati (come avveniva un tempo, limitatamente ai *broker/dealer*, per i vecchi mercati-associazione). Rispetto agli emittenti, che possono al più contare su una rappresentanza simbolica dei propri interessi negli organi di governo, autoregolamentazione e regolazione privata non sono

ma F. Cafaggi approfondisce il coordinamento tra la regolazione privata e la regolazione pubblica in quattro differenti tipologie: «a) una che pone regolatori pubblici e privati in posizione di sostanziale parità e prevede una compartecipazione allo svolgimento di funzioni che chiamiamo coregolamentazione; b) un'altra che invece opera attraverso una delega di potere dal regolatore pubblico al singolo o alla pluralità di enti autoregolamentati o regolatori privati, mantenendo al regolatore pubblico responsabilità sostanziali dell'attività anche attraverso i terzi; c) una forma che non costituisce delega in senso tecnico ma prevede una forma di promozione e un potere di controllo di legittimità; d) una quarta che prevede il riconoscimento e la legittimazione dell'attività regolamentare svolta dai soggetti privati attraverso un provvedimento di approvazione o di semplice incorporazione in un atto amministrativo o legislativo». F. Cafaggi, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Pol. dir.*, 2004, pp. 234-235.

[21] «Con il termine autoregolamentazione, il cui concetto deriva dalla psicologia del comportamento, si designa genericamente, quando ci si riferisce al comportamento economico, l'adozione da parte degli attori economici di certe regole di condotta nelle relazioni reciproche oppure nei confronti di terzi sul mercato e nella società, regole il cui rispetto è frutto di un accordo tra gli stessi attori, senza meccanismi coercitivi esterni»: cfr. parere del Comitato Economico e Sociale Europeo, *Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE*, punto 3.2, disponibile in *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2015.291.01.0029.01.ITA* .

[22] «Infine, per coregolamentazione si intende generalmente una forma di regolamentazione delle parti interessate (*stakeholder*) che è promossa, orientata, guidata o controllata da una terza parte (sia essa un organismo ufficiale o un'autorità di regolamentazione indipendente) di norma dotata di poteri di esame, di controllo e, in alcuni casi, sanzionatori»: cfr. parere del Comitato Economico e Sociale Europeo, *Autoregolamentazione e corego lamentazione nel quadro legislativo dell'UE*, cit., punto 3.4.

[23] F. Cafaggi, *Diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, cit., pp. 206-218.

sinonimi[24].

La filosofia di fondo che muove i due sistemi è altrettanto differente. L'*audited self regulation* è ispirata al metodo della *responsive regulation*[25], in quanto affida al volere del privato la definizione delle regole o di standard, anche attraverso esplicita delega conferita dall'autorità pubblica che ne fissa l'*ubi consistam,* per acquistare solo *ex post* i crismi della giuridicità[26]. Dunque, l'*an* e il *quomodo* della regolazione, ovvero il solo *quomodo,* se l'*an* è predefinito a livello superiore dal soggetto di diritto pubblico, sono riempiti di contenuto dalla discrezionalità rimessa al privato[27].

La coregolazione è un modello che contempla la convivenza del regolatore privato e pubblico nei meccanismi di determinazione di standard o di fissazione di clausole contrattuali[28], nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di proporzionalità[29]. In una dinamica *multilevel system* detto modello regolativo consente forme di coordinamento tra il regolatore pubblico e il regolatore privato in raccordo con le spinte normative di origine comunitaria. In quest'ottica, la coregolamentazione può svilupparsi sia in senso orizzontale[30] - a carattere

[24] Cfr. J. W. Carson, *Self-Regulation in Securities Markets (January 1, 2011). World Bank Policy Research Working Paper No. 5542*, p. 33, consultabile all'indirizzo SSRN: *https://ssrn.com/abstract=1747445:* "*Strictly speaking, the functions of exchanges' listing departments and listed company regulation are not self-regulatory because issuers are not regulating themselves through the exchange, as broker-dealers traditionally have. Issuers usually have only nominal, if any, representation on exchange boards and committees. Listing is a regulatory function that exchanges perform on the basis of contract – the listing agreement*".

[25] F. Cafaggi, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 547. L'A. asserisce che «il fenomeno trova…una sua *ratio* economica in quanto diretto a ridurre i costi di coordinamento derivanti dai fallimenti di mercato ma anche una dimensione etica, nel tentativo di definire all'interno delle diverse comunità degli affari sistemi di regole di condotta dotati di un dispositivo etico comune».

[26] F. Cafaggi, Crisi *della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, cit., p. 555.

[27] L'autoregolamentazione originaria o delegata, a seconda che le norme siano elaborate per semplice autolimitazione degli interessati (detta anche «autoregolamentazione privata») oppure sotto la vigilanza di un'entità sovraordinata (Stato, organi di regolamentazione, associazioni di categoria, l'Unione europea) che definisce alcuni parametri da rispettare obbligatoriamente (detta anche «autoregolamentazione pubblica»): v. il parere del Comitato Economico e Sociale Europeo, *Autoregolamentazione e corego lamentazione nel quadro legislativo dell'UE*, cit., punto 3.3, lett. a).

[28] F. Cafaggi, *La responsabilità dei regolatori privati. Tra mercati finanziari e servizi professionali*, in *Merc. conc. reg.*, 2006, p. 20.

[29] E. Del Prato, *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 408 ss., in part. p. 411.

[30] S. Amorosino, parla di regolamentazione multistrato nella reciprocità tra fonte primaria, secondaria e terziaria di carattere tecnico: S. Amorosino, *Costituzione economica*, in *Dir.*

cooperativo nei rapporti di reciprocità tra il regolatore pubblico e privato - sia in direzione verticale, gerarchica[31], promanante dal legislatore nazionale ovvero comunitario[32]. Più precisamente, il paradigma su cui si impronta la coregolamentazione è il principio di *command* - per cui il regolatore privato è tenuto ad apporre la regola nei limiti statuititi dal regolatore pubblico, tale da far accrescere l'*accountability* di quest'ultimo - *and control* - sulla *compliance* esercitata nella definizione degli standard richiesti[33].

banca, 2017, p. 233.

[31] F. Cafaggi, *La responsabilità dei regolatori private-tra mercati finanziari e servizi professionali*, cit., p. 22.

[32] «Si possono distinguere, senza pretesa di una descrizione esaustiva, diversi modelli di riallocazione della funzione regolativa in ragione del livello in cui operano o meglio delle diverse modalità di coordinamento tra livelli ed eventualmente della assegnazione di priorità all'uno o all'altro: 1) vi sono sistemi che distribuiscono le funzioni di regolazione verticalmente su uno o più livelli ancora generalmente associati a modelli di regolazione pubblica (coordinamento verticale) ma dove si vanno sempre sviluppando sistemi di autoregolazione europea o misti che vedono la compresenza, nella stessa struttura o in diverse strutture tra loro coordinate, di regolatori pubblici e privati; 2) vi sono sistemi che collocano la funzione prevalentemente ad un livello definito in base alle competenze, istituendo modalità di coordinamento tra regolatore/i pubblico/i e regolatore/i privato/i (coordinamento orizzontale). Agli altri livelli vengono attribuite competenze prevalentemente esecutive; 3) vi sono poi modelli in cui si intersecano distribuzione tra livelli verticali ed orizzontali, finendo talvolta per crearsi una regolazione diagonale in cui operano un livello pubblico europeo ed uno privato o autoregolato nazionale; 4) vi sono ancora sistemi di regolazione privata che operano sia a livello europeo che nazionale in cui il ruolo del regolatore pubblico è quello di assicurare il coordinamento nella produzione di standard ed agire, ove questo non operi in modo efficace, con funzione sostitutiva; 5) vi sono infine modelli di coordinamento verticale operanti esclusivamente sul piano della regolazione privata aventi il compito di assicurare la coerenza tra l'operato dei regolatori privati nazionali e quello europeo. Anche in questo caso, sempre più spesso, il coordinamento verticale e quello orizzontale non sono facilmente distinguibili». Così, F. Cafaggi, *Diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, cit., p. 211; Id., *La responsabilità dei regolatori privati - tra mercati finanziari e servizi professionali*, cit., p. 21, in cui proprio con riferimento al panorama del diritto dei mercati finanziari, l'A. cita il caso dei rapporti tra la dir. 2004/39/CE e la legge nazionale sulla tutela del risparmio che vi ha dato attuazione. Ulteriori aree interessate dalla coregolazione, che coinvolgono il piano della disciplina nazionale e quello comunitario, sono le pratiche commerciali sleali, il settore della *privacy* e la sicurezza dei prodotti: F. Cafaggi, *La responsabilità dei regolatori privati. Tra mercati finanziari e servizi professionali,* cit., p. 26 ss. Un importante contributo al modello della coregolamentazione è stato offerto nell'armonizzazione delle regole del contratto sul piano europeo, a cui ampiamente dedica attenzione F. Cafaggi, *La regolazione privata nel diritto europeo dei contratti*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 104 ss.

[33] F. Cafaggi, *Diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, cit., p. 218.

3.2. *Le funzioni regolative dei gestori dei mercati regolamentati*

Nella quadratura dei rapporti tra la regolazione espressione di autonomia privata e la regolazione tesa al perseguimento di un interesse generale, non si può ipotizzare un'effettiva scissione tra i piani di interessi pubblico/privato che inevitabilmente si intersecano. Infatti, come se fosse un sistema di vasi comunicanti, gli interessi che spingono i due regolatori sono interagenti, in quanto la regolazione privata realizza nella dimensione particolare un interesse privato che trova collocazione nella dimensione universale di un interesse generale alla cui cura è preposto il regolatore pubblico. Quest'ultimo passaggio apre la riflessione sulla rimeditazione dei confini tra il diritto pubblico e il diritto privato nello scandagliare la natura giuridica dei poteri di un gestore di mercato e che ha effetti sul piano della disciplina dei rimedi.

Al quesito se nell'attività gestoria prevalga la componente pubblicistica ovvero quella privatistica, come è noto, sono state date risposte diverse. Secondo un'opinione tuttora diffusa, occorre indagare l'attività di gestione di un mercato attraverso il prisma del diritto pubblico[34]. Stando a questo indirizzo, la gestione di un mercato sarebbe da qualificarsi oggettivamente come pubblico servizio, ovvero come attività svolta in regime di concessione e, per tale via, pur sempre riconducibile all'autorità statale. La regolazione privata si pone senza soluzione di continuità ad articolare nei dettagli la regola posta dall'autorità di settore[35], per cui i rapporti tra SGM e Consob si articolano in termini di coregolamentazione[36]: la regola privata è legata a doppio filo con quella pubblica nella cura in concreto dell'interesse generale. Infatti, i cultori di tale convincimento fondano le proprie ragioni

[34] S. Amorosino, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, 3ª ed., Torino, 2014, p. 94; D.I. Pace, *Ammissione, sospensione, esclusione dai mercati regolamentati. Poteri della Consob e delle società di gestione dei mercati*, Torino, 2012; R. Mafrellotti, *Esercizio di funzioni normative e partecipazione dei soggetti privati: a proposito dei regolamenti della società di gestione della borsa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1020 ss.; F. Capriglione, Sub *art. 64*, I, in *Comm. T.U.F. Alpa-Capriglione*, Padova, 1998, p. 619.

[35] D.I. Pace parla in proposito di un "passaggio di consegne" dalle fonti pubblicistiche alla regolamentazione delle società privatizzate aventi le caratteristiche di una vera e propria "successione di norme nel tempo", inveratosi per effetto dell'art. 56 del d. legisl. 415/1996: cambia il soggetto titolare del relativo potere di fare la regola del mercato ma non il suo DNA originario. D.I. Pace, *Ammissione, sospensione, esclusione dai mercati regolamentati*, cit., p. 124.

[36] D.I. Pace, *Amissione, sospensione, esclusione dai mercati regolamentati*, cit., p. 86 ss. Nelle pagine indicate, l'A. si addentra in una meticolosa analisi sui rapporti tra la regolamentazione della SGM e i poteri della Consob di carattere autorizzativo e sostitutivo.

sulla necessità di astrarre dall'interesse privato del gestore, che potrebbe vulnerare la bontà della regola stessa, con esiziali conseguenze tanto rispetto all'interesse generale[37] quanto alla ricerca di un compromesso tra interessi convergenti nel singolo mercato[38]. Conclusione che sembra porsi in linea con la necessità di garantire l'attuazione dei principi costituzionali di utilità sociale, a cui deve conformarsi la libertà di iniziativa economica, di cui all'art. 41, c. 2, di eguaglianza sostanziale, *ex* art. 3, c. 2, e di tutela del risparmio *ex* art. 47 Cost. Pertanto, il regolamento del mercato si allontana dallo schema negoziale, per essere invece collocato tra le fonti normative del diritto, quale frammento in cui si riflette il potere dell'autorità pubblica; al regolamento del mercato si dovrebbero riconoscere i caratteri di generalità, astrattezza e innovatività nell'ordinamento in generale, dati dalla facoltà di dettare le condizioni di una serie indeterminata di rapporti realizzati tra il gestore e gli utenti[39]. Ha fornito nuove argomentazioni alla tesi in commento la legge sul risparmio, l. 262/2005, che ha attribuito alla Consob, in sede di ammissione, sospensione ed esclusione alla quotazione, il potere di veto nel merito ovvero di imporre il riesame delle decisioni prese dal gestore di una SGM[40]. Il che ha in parte compensato la caduta del principale argomento a sostegno della tesi pubblicistica, per effetto della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 33 del d. legisl. 80/1998, che estendeva, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai servizi pubblici dei mercati finanziari[41].

[37] La Consob opera in un contesto di mercati imperfetti al fine di eludere il rischio che la norma privata possa innescare atteggiamenti di *moral hazard*, *adverse selection* ovvero di *insider trading*, F. Cavazzuti, *La Consob e la regolamentazione del mercato*, in *Quaderni fin.*, 2000, p. 9, disponibile in *http://www.consob.it/c/portal/layout?p_l_id=510530&p_v_l_s_g_id=0.* Su questa linea, D.I. Pace sottolinea che la regolamentazione di mercato, seppur proveniente da un soggetto privato, non può porsi in contrasto con i principi che ispirano i regolatori pubblici: D.I. Pace, *Ammissione, sospensione, esclusione dai mercati regolamentati,* cit., p. 111 ss.

[38] L. Bigliazzi Geri, *Osservazioni minime su «poteri privati» ed interessi legittimi*, in *Riv. giur. dir. lav. e prev. soc.*, 1981, p. 259 ss. L'A. per superare la formazione di posizioni di autorità all'interno dei rapporti privati, teorizza l'estensione anche nel diritto privato, con particolare attenzione agli istituti della famiglia, delle associazioni e dei rapporti di lavoro, della figura dell'interesse legittimo. Contrariamente, A. Di Majo, *Le forme di tutela contro i cosiddetti «poteri privati»,* nota a Cass., sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. it.,* 1980, p. 440 ss.

[39] R. Manfrellotti, *Esercizio di funzioni normative e partecipazione dei soggetti privati: a proposito dei regolamenti della società di gestione della borsa*, cit., p. 1022.

[40] Secondo la formulazione vigente *ante* riforma del T.U.F., i poteri della Consob diventano maggiormente incisivi nelle operazioni di *listing* e *delisting*, come previsto dal combinato disposto degli art. 64, c. 1-*ter*, e 74, c. 1-*bis*, T.U.F., D.I. Pace, *Ammissione, sospensione, esclusione dai mercati regolamentati,* cit., p. 195.

[41] Per un maggiore approfondimento, F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*,

Seppur ragionevole nelle sue premesse, la tesi pubblicistica non sembra in grado né di cogliere le trasformazioni del pubblico potere, né di spiegare le dinamiche dei mercati a gestione privata. *In primis*, è ormai accolta nel diritto positivo[42] una definizione mobile di pubblica amministrazione, o meglio "a geometrie variabili", per cui non è sufficiente l'espletamento di attività finalizzate alla cura in concreto di un interesse pubblico, poiché a questo deve aggiungersi l'investitura formale. Non che quest'ultima non possa avere come destinatario un soggetto di diritto comune: tuttavia, tale investitura non può coincidere con il rilascio dell'autorizzazione alla gestione di un determinato mercato regolamentato. A ciò si aggiunga che, ove tale investitura vi fosse, la conseguenza sarebbe la declinazione delle regole procedimentali dell'*agere pubblico*[43] anche in capo alle società di gestione, con l'effetto di ricadere in una burocratizzazione del mercato, ingabbiando in una struttura rigida il sistema finanziario, la cui efficienza (concorrenzialità, competitività) rappresenta un valore ontologico. *In secundis*, come corollario, il rilievo pubblicistico della funzione gestoria si rifletterebbe sulla natura delle regole poste dal gestore: a queste ultime non potrebbe riconoscersi natura di norme di azione, perché non sono volte a disciplinare il fluire di un'attività procedimentalizzata, essendo, per contro, dirette a regolare i rapporti che il gestore contrae con l'utente. Ed infatti, le regole che i gestori adottano per governare i propri processi decisionali mirano semplicemente - al pari dei modelli organizzativi adottati dalla generalità delle imprese - ad evitare responsabilità e sanzioni.

Prevalente è la tesi che riconosce alla gestione dei mercati regolamentati natura privatistica, il potere connesso alla funzione gestoria è originario, quale espressione del potere di iniziativa economica, e non derivato per effetto di un atto amministrativo di concessione, che farebbe risalire l'imputabilità dell'attività allo Stato[44]. Detta concezione ha incontrovertibili conferme nell'evidenza normativa: l'art. 61 T.U.F., nella versione previgente alla riforma del T.U.F., esordisce con l'affermazione del carattere di impresa

9ª ed., Roma, 2016, p. 315 ss.

[42] Cfr. art. 7, c. 2, c.p.a., mutuato dall'esperienza comunitaria.

[43] I riferimenti sono molteplici, ma in linea meramente esemplificativa, è il rispetto del principio della trasparenza che comporta l'applicazione della disciplina dell'accesso agli atti come dettata in seno agli artt. 22 e 23 della l. 241/1990.

[44] Nella letteratura giuridica, tra le fila dei sostenitori della tesi privatistica si citano R. Costi, *Il mercato mobiliare*, cit.; F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit.; C. Motti, *Problemi attuali in tema di regolamentazione e governance delle borse «universali»*, cit., p. 145 ss., in part. p. 155; F. Galgano, *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 509 ss.; M. Sepe, Sub *Art. 62,* in *Comm. T.U.F. Alpa- Capriglione,* cit., p. 590 ss.

dell'attività di organizzazione e gestione dei mercati, affermazione che vale a spogliare le *trading venues* delle scorie giuspubblicistiche, ancorandole alla disciplina dell'impresa[45]. Per di più, dall'interpretazione del dato testuale della novella *de qua* non si evincono indici presuntivi di poteri accrescitivi nella direzione del diritto pubblico, anzi la fattispecie astratta è meramente ricognitiva di poteri che sarebbero comunque spettati al gestore, quale manifestazione dell'autonomia privata e della più generale libertà di iniziativa economica. Inoltre, il regolamento della società di gestione, quale legge privata, è atto integrante *per relationem* il rapporto contrattuale in essere tra la società di gestione stessa e l'utente, il quale lo accetta all'atto dell'adesione[46]. Di derivazione logico consequenziale, è dal diritto privato che si estrapolano i rimedi.

I rapporti tra gestore di un mercato regolamentato e Consob si sviluppano sull'impianto *dell'audited self regulation*, in cui la *self regulation*[47] definisce il *quomodo* della gestione del mercato nei rapporti con l'utenza, intervenendo doverosamente nei casi in cui sia fatto loro obbligo dalla legge o dalla Consob[48].

[45] F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., p. 271.

[46] F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., p. 275.

[47] M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, p. 53 ss. L'A. definisce la *self regulation* come forma di esercizio dell'autonomia privata che ricorre «quando un gruppo di soggetti e/o una formazione sociale esponenziale di tale gruppo fissano autonomamente regole che li riguardano» e prosegue osservando che nell'ambito dei mercati finanziari sia una prassi diffusa tra gli operatori in grado di anticipare ovvero indirizzare le scelte in sede legislativa, tale da assumere le fattezze di una *hard law in fieri*. Ed è in ragione di questa forza propulsiva che la *self regulation*, nell'impianto generale del diritto, rappresenta un momento di raccordo tra la legislazione nazionale e quella comunitaria, oltre che di contatto con i modelli di *soft regulation* e *hard regulation*.

[48] In giurisprudenza il dibattito non ha avuto rilevanti echi. Infatti, nel merito della questione sovviene una sola ordinanza emessa dal Tribunale di Milano in data 9 febbraio 2000. Nella controversia *de qua*, i *brokers* ricorrenti, operatori nel mercato telematico dei contratti a premio (Mpr), attivano un procedimento cautelare *ante causam* volto all'accertamento della nullità per contrarietà a legge, statuto e regolamento delle delibere attraverso cui nel tempo la Borsa Italiana s.p.a. ha compresso il mercato dei premi e ampliato quello dei derivati. I ricorrenti affondano le proprie ragioni - particolarmente - sulla lettura dell'art. 63, c. 1, lett. b), T.U.F., secondo cui il regolamento del mercato deve assicurare nelle proprie prescrizioni la regolarità delle negoziazioni e la tutela degli investitori, inteso come dovere in capo al gestore di una SGM di garantire nell'interesse generale la corretta concorrenza tra i mercati. Di contraltare, Borsa Italiana basa la propria difesa sulla natura imprenditoriale riconosciuta al gestore del mercato dall'art. 61, T.U.F., avente pertanto piena libertà di scelta in materia di organizzazione interna e di gestione delle negoziazioni nel mercato. Il G.D. ha accolto le conclusioni, propendendo per la tesi privatistica, per cui le scelte di mercato non possono

Vi è tuttavia anche un terzo orientamento, che esamina atomisticamente le singole funzioni svolte dai gestori, anziché concludere per una valenza *tout court* privatistica ovvero pubblicistica.

Possono, infatti, coesistere atti che rappresentano una manifestazione di autonomia negoziale con atti che, invece, si innestano con l'*agere pubblico* nella cura di un interesse generale[49], per cui si può discorrere appunto di rapporti «eterogenei»[50]. Infatti, taluni aspetti devono essere affrontati attraverso gli strumenti della disciplina generale del contratto, principalmente nella sfera dell'organizzazione e gestione del mercato e della prestazione dei servizi, aspetti che si riversano nella fisionomia del vincolo normativo in essere con gli operatori sul mercato, alla stregua del riconoscimento legislativo come attività di impresa[51]. Ma il multiforme novero di funzioni e poteri riconosciuti alla Consob in seno al T.U.F. - regolamentari, autorizzativi, di vigilanza ispettiva e informativa, oltre che sostitutivi in casi specificatamente individuati[52] - comporta che altri segmenti dell'attività del servizio-mercato seguano un'impostazione di matrice pubblicistica: «le funzioni

essere censurate a meno che non siano del tutto arbitrarie ovvero irrazionali, patologia su cui è riconosciuto il potere di intervento della Consob. Tra i primi annotatori della ordinanza, R. Costi, nel rendere un parere *pro veritate*, caldeggia le conclusioni raggiunte dal giudice meneghino con il richiamo dei principi generali che, all'indomani del Decreto Eurosim, governano i mercati regolamentati. Scrive l'A. in conformità alla previsione dell'art. 61, c. 1, T.U.F., «si tratta di un'attività "privata", che non integra in alcun modo neppure i caratteri del servizio pubblico in senso oggettivo, anche se sottoposta ad una disciplina speciale»: R. Costi, *Libertà d'impresa e gestione dei mercati regolamentati*, in *Giur. comm*., 2000, II, p. 104. G. Di Chio assume una posizione di compromesso rispetto alle soluzioni raggiunte dall'autorità giudiziaria e la tesi pubblicistica, imperante fino a poco tempo prima. Infatti, sottolinea che l'autonomia d'impresa del gestore di un mercato regolamentato non si dispiega in termini di piena libertà di scelta nella gestione bensì è «condizionata» in quanto subordinata ad un giudizio di conformità ai principi dettati dalla Consob. Dunque, in una prospettiva di complesso le scelte di gestione non devono arrivare a collidere con l'obiettivo di interesse generale alla tutela del mercato: G. Di Chio, *I limiti dell'autonomia imprenditoriale delle società di gestione dei mercati regolamentati*, nota a Trib. Milano, 9 febbraio 2000 (ordinanza), in *Giur. it.,* 2000, p. 1435 ss.

[49] M. Notari, *Contratto e regolamentazione nella quotazione di borsa*, in *Riv. soc.*, 2003, III, p. 505.

[50] Data la natura ambivalente delle funzioni che possono essere ricostruite in capo al gestore nell'esercizio dei servizi di mercato, si discosta dai postulati della tesi "privatistica pura": M. Ventoruzzo, *Natura giuridica e disciplina del rapporto tra società di gestione di mercati regolamentati e intermediari ammessi all'attività di negoziazione: considerazioni a margine di un caso di "cancellazione" di contratti conclusi tra operatori*, in *Banca borsa*, 2005, p. 710 ss., in part. p. 720, a cui si rimanda per più ampî riferimenti dottrinari.

[51] M. Notari, *Contratto e regolamentazione nella quotazione di borsa*, cit., pp. 505-506.

[52] M. Notari, *Contratto e regolamentazione nella quotazione di borsa*, cit., p. 497 ss.

regolamentari, decisorie, di vigilanza e sanzionatorie che la disciplina italiana affida alla società di gestione del mercato e che caratterizzano soprattutto il rapporto tra di essa e le società emittenti di titoli quotati» si proiettano nel particolare alla cura di un interesse generale, di cui a livello superiore si pone a custode l'autorità indipendente. Pertanto, la chiave di lettura di questo profilo dei rapporti non potranno che essere i principi del diritto amministrativo[53].

3.3 *Confronto con la disciplina dei gestori dei portali di* crowdfunding

La legge descrive la funzione economica del gestore di portali, consistente nel facilitare la raccolta di capitale di rischio da parte delle PMI, degli organismi di investimento collettivo del risparmio o altre società che investono prevalentemente in PMI (cfr. art. 1, c. 5-*novies*, T.U.F.), senza far cenno alle regole di funzionamento[54]. Vi è solo un accenno indiretto alla disciplina del portale nell'art. 50-*quinquies*, c. 2, T.U.F., nel quale vengono regolati l'accesso e l'esercizio dell'attività di gestione; inoltre, il citato articolo descrive la funzione economica assolta dalle piattaforme *online*, non accennando, però, né a regole di funzionamento, né al rapporto con intermediari ed emittenti ammessi al portale - vi è solo la previsione della competenza della Consob a fissare, con proprio regolamento, i principi e i criteri direttivi in materia di regole di condotta che i gestori dei portali devono rispettare nel rapporto con gli investitori (c. 5, lett. d).

Neppure l'art. 100-*ter* - che esenta le offerte in sottoscrizione tramite portale dall'obbligo di redigere il prospetto informativo, a condizione che l'importo complessivo sia inferiore alla soglia stabilita dalla Consob (ed inoltre assolve dall'osservanza della forma scritta per i contratti conclusi tramite il portale) - accenna alla funzione regolatoria del gestore, limitandosi ad attribuire alla Consob il potere di determinare la disciplina applicabile alle offerte tramite portale, affinché una quota dei titoli sia sottoscritta da investitori professionali, nonché "di tutelare gli investitori diversi

[53] M. Notari, *Contratto e regolamentazione nella quotazione di borsa*, cit., p. 506.

[54] Per tale aspetto, non ha innovato il nuovo testo introdotto dal d. legisl. 129/2017: "«per portale per la raccolta di capitali per le piccole medie imprese e per le imprese sociali" si intende una piattaforma *on line* che abbia come finalità esclusiva la facilitazione della raccolta di capitale di rischio da parte delle piccole e medie imprese, come definite dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera f), primo alinea, del reg. (UE) 2017/1229, delle imprese sociali e degli organismi di investimento collettivo del risparmio o di altre società che investono prevalentemente in piccole medie imprese».

dai clienti professionali nel caso in cui i soci di controllo della start-up innovativa o della PMI innovativa cedano le proprie partecipazioni a terzi successivamente all'offerta" (c. 2). L'articolo *de quo*, inoltre, effettua un mero rimando implicito al diritto di co-vendita e rimane silente in tema di trasparenza dei patti parasociali. Tale ultimo obbligo si deduce per implicito dall'interpretazione del dato normativo, in quanto è strumentale alle operazioni di cessione del controllo, diretto e indiretto, nel caso in cui vengano in rilievo circostanze come il controllo congiunto del sindacato, cui la norma fornisce una copertura normativa, seppur generica.

Solo con il Regolamento Consob è introdotta una disciplina dell'ammissione al portale. L'art. 24 del Regolamento, al primo comma, prescrive che il gestore del portale debba verificare che lo statuto dell'emittente preveda la comunicazione alla società nonché la pubblicazione dei patti parasociali nel sito internet della società, e inoltre riconosca il diritto di recesso o di co-vendita delle partecipazioni possedute, nonché modalità e condizioni di esercizio, qualora i soci di controllo trasferiscano, dopo il lancio dell'offerta, il proprio pacchetto di partecipazioni a investitori non professionali.

Ai fini del perfezionamento degli ordini di adesione, poi, l'art. 25 ordina la costituzione della provvista nel conto indisponibile dell'emittente, a tutela del diritto di revoca per l'investitore. Dunque è evidente come si pongano problemi di coordinamento con la disciplina della circolazione della partecipazione sociale (in caso di offerta riguardante partecipazioni esistenti)[55] e dell'aumento di capitale (in caso di offerta riguardante azioni o quote di nuova emissione).

Nel prevedere l'obbligo di verificare la presenza di determinate clausole statutarie, il Regolamento Consob non conferisce esplicitamente alcun potere di conformarne il contenuto. Tuttavia - a parte le valutazioni di opportunità sul piano concorrenziale - nulla vieta che il gestore decida di suggerire un modello di clausola o ne disciplini in altro modo la redazione, anche al fine di chiarire i presupposti degli obblighi previsti dal Regolamento (ad esempio, la nozione di patto parasociale, i termini per la comunicazione alla società, le conseguenze in caso di violazione dell'obbligo, ecc.). E ciò a ben vedere potrebbe accadere anche per materie non contemplate dal reg. Consob (per citare un solo esempio, le categorie speciali di quote di società a responsabilità limitata, di cui si ammette la creazione negli statuti a norma dell'art. 26 d.l. 179/2012), nell'ottica di favorire la standardizzazione degli strumenti finanziari ammessi al portale, e di riflesso la confrontabilità delle

[55] Per un raffronto critico con la disciplina dettata in tema di s.p.a. e s.r.l., A. Dentamaro, *Equitycrowdfunding, trasferimento del controllo e strumenti a difesa dell'investitore. Qualche problema applicativo?*, in *Giustizia Civile.com*, 2017.

offerte[56].

Il che apre la strada all'esercizio di una funzione regolativa - non *contra legem*, bensì *praeter legem* - da parte del gestore.

La possibilità che il gestore appresti una disciplina che vada al di là delle regole di funzionamento del portale è d'altra parte suggerita anche da altre previsioni del reg. Consob, come ad esempio nei termini indicati dall'All. 3 -Relazione sull'attività d'impresa e sulla struttura organizzativa, allorché dispone che sia presentata, al momento del rilascio dell'autorizzazione, una dettagliata descrizione delle attività che il gestore intende svolgere. Fra queste, in particolare, le modalità di selezione delle offerte da presentare sul portale, le informazioni periodiche sui traguardi raggiunti dagli emittenti, gli eventuali meccanismi di valorizzazione o di rilevazione dei prezzi degli strumenti ammessi, eventuali meccanismi per facilitare i flussi informativi fra gli emittenti e gli investitori, la politica di identificazione e di gestione dei conflitti di interesse.

In sintesi, si può concludere che potenzialmente i gestori dei portali possono svolgere una funzione regolatoria, ma - a differenza dei gestori di mercati regolamentati - essa si svolge in assenza di una precisa base giuridica e, dunque, è totalmente affidata agli strumenti negoziali.

4. *Natura delle regole poste dai gestori di portali*

Quale forma di regolamentazione giusprivatistica, attraverso il modulo tipico dei contratti per adesione, le regole del portale sono trasfuse nella disciplina del contratto con ciascun emittente, che al pari di ogni altro contratto assolve a una funzione normativa (art. 1372 c.c.)[57]. Questione

[56] La libertà, seppur per le sole PMI, di creare categorie speciali di quote permette di discriminare nella compagine sociale i soci fondatori dai soci sottoscrittori di quote offerte attraverso *crowdfunding*, i quali possono non avere una vocazione alla gestione della società. Sotto questo aspetto si assiste ad un avvicinamento tra i modelli societari della s.r.l. e della s.p.a. Sul punto, tra i primi commenti sull'art. 26 d.l. 179/2012, I. Cappelli, *L'equity based crowdfunding e i diritti del socio*, in *Orizz. dir. comm.*, 2014. Similmente, A. Guaccero, *La start-up innovativa in forma di società a responsabilità limitata: raccolta del capitale di rischio ed equity crowdfunding*, in *Banca borsa*, 2014, I, p. 713 ss.

[57] M. Orlandi distingue nella struttura contrattuale, accanto ad un profilo descrittivo, che identifica l'oggetto del contratto, un profilo c.d. normativo ovvero regolatorio, volto a dettare i precetti che le parti, nei loro rapporti reciproci, dovranno seguire. M. Orlandi, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, in F. Macario, M.N. Miletti (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema, valutazioni storiche e*

diversa è se a tali regole possa altresì riconoscersi valore di fonte di diritto obiettivo. Si ritiene opportuno affrontare tale argomento esaminando il possibile contenuto dei requisiti di ammissione degli emittenti al portale. Pur nel silenzio delle fonti sia primarie che secondarie al riguardo, il gestore ben potrebbe stabilire regole destinate a garantire la standardizzazione dei titoli ammessi, a rafforzare la tutela degli investitori e addirittura dettare prescrizioni - oltre che nelle materie evocate dal reg. Consob: diritto di *exit*, trasparenza dei patti parasociali - in materia di diritti di partecipazione, informazione, *governance*.

Il ruolo attribuito ai gestori dei portali pone l'interrogativo se le regole da questi eventualmente elaborate, quanto meno in relazione ai compiti a essi attribuiti dalla Consob, rimangano confinate ai soli rapporti negoziali o acquistino rilevanza "reale" svolgendo una funzione analoga alle regole di diritto obiettivo che governano l'azione societaria.

Come si è detto, la Consob rinvia a un potere omologatorio del gestore del portale, il quale potrebbe limitarsi a un controllo caso per caso di conformità della regola statutaria di trasparenza dell'emittente; ovvero, potrebbe adottare una regola di ammissione degli emittenti che funga da filtro sul contenuto delle clausole. In quest'ultimo caso, pertanto, procederà al riscontro della corrispondenza della clausola statutaria con la regola privata astratta, posta dal gestore medesimo. In considerazione della possibilità di istituire un confronto con la disciplina legale delle società "diffuse", sembra opportuno esaminare le possibili modalità di esercizio di tale potere, in relazione agli obblighi di trasparenza dei patti parasociali.

Si ipotizzi la sussistenza di una regola adottata dal gestore del portale, che subordini l'ammissione dell'emittente alla presenza di una conforme clausola nell'atto costitutivo/statuto. Potrebbero verificarsi due situazioni: i contenuti della regola sono correttamente trasfusi nella clausola statutaria, o - all'opposto - la clausola statutaria non è presente o è difforme rispetto a quanto richiesto ai fini dell'ammissione al portale (senza che ciò sia stato rilevato al momento dell'ammissione stessa). In entrambe le situazioni, ci si può chiedere che cosa accada ove una deliberazione assembleare sia stata assunta in difetto di pubblicità del patto parasociale, con il voto determinante dei partecipanti al patto.

Nella prima situazione, vale a dire qualora nello statuto vi fosse una clausola conforme alle regole del portale, si configurerebbe sicuramente un vizio della delibera, per effetto della violazione di una clausola statutaria, alla quale consegue l'impugnabilità della deliberazione. All'opposto, la

prospettive della parte generale del contratto, Milano, 2006, p. 361 ss.

violazione degli obblighi di trasparenza dei patti parasociali nell'ambito delle società quotate - come è noto - configura un vizio di invalidità per violazione di legge (art. 122, c. 4, T.U.F.). Si tratterebbe, dunque, di una ulteriore manifestazione di quel fenomeno denominato da autorevole dottrina come negozializzazione o contrattualizzazione del diritto societario[58].

Nonostante la seconda situazione alla quale si è accennato possa apparire un'ipotesi di scuola (poiché presuppone una grave negligenza del gestore in sede di verifica dei requisiti per l'ammissione al portale), conoscitivamente è utile prospettare il caso in cui un emittente sia ammesso al portale nonostante la regola statutaria non vi fosse, ovvero fosse difforme rispetto alle prescrizioni del gestore. L'interrogativo è se la decisione adottata con il voto marginale dei partecipanti al patto parasociale, nonostante la mancata pubblicità di quest'ultimo, sia da ritenersi invalida per violazione di regole di diritto obiettivo, ossia la regola posta dal gestore del portale, così da porla sul medesimo piano della violazione di legge.

A siffatta prospettazione non è d'ostacolo la carenza del carattere di legge in senso formale. La vischiosità data dal generico riferimento al concetto di legge, infatti, viene arginata da solida giurisprudenza e dottrina che attribuiscono al lemma significato comprensivo di ogni norma ascrivibile come fonte riconosciuta dall'ordinamento[59]. Un esempio significativo è offerto dal rinvio di cui all'art. 2391-*bis* c.c. alle previsioni del reg. Consob in tema di operazioni con parti correlate: il legislatore demanda all'autorità di controllo il compito di stabilire i principi generali, esercitando funzioni paranormative, tanto da evocare il rischio di una possibile inversione dell'ordine delle fonti[60]. Tuttavia, essendo tali funzioni sorrette da "una adeguata ed espressa delega da parte della fonte primaria"[61], la disciplina

[58] G. Rossi, *Competizione regolamentare e contrattualizzazione del diritto societario*, in Aa.vv., *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia, 13-14 novembre 2015*, in *Collana della Rivista delle società*, Milano, 2016, p. 23 ss., in part. p. 30.

[59] G. Zanarone, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Tratt. Colombo-Portale*, III, Torino, 1993, p. 220, nt. 3.

[60] L'opinione è di P. Montalenti, che in plurime occasioni ha rimarcato il concetto. Tra tutti, P. Montalenti, *Nuove clausole generali del diritto commerciale tra civil e common law*, in Id., *Impresa, società di capitali, mercati finanziari* Torino, 2017, p. 38 e a cui si rinvia per ulteriori riferimenti sul punto.

[61] P. Marchetti, *Il crescente ruolo delle autorità di controllo nella disciplina delle società quotate*, in Id., *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia, 13-14 novembre 2015,* cit., p. 63. Dichiara l'A. che «in linea preliminare e di metodo osservo come di per sé il fatto che un'autorità di controllo abbia un potere di dettare norme in materia societaria non mi inorridisce».

in esame è stata considerata un esempio virtuoso di interrelazione tra autonomia privata, norme secondarie e norme primarie[62].

Ora, a parte la diversa natura (impresa e non autorità pubblica) del gestore dei portali, non sembra che il medesimo carattere di legge in senso sostanziale possa essere attribuito alle regole adottate dal gestore del portale, sia pure in vista di interessi generali (un livello adeguato di tutela degli investitori, evitando disparità di trattamento; il più efficace assolvimento delle funzioni di verifica in sede di ammissione dell'emittente al portale): non vi è nella fonte primaria un esplicito riconoscimento alla Consob del potere di delegare funzioni regolative al gestore, non essendo sufficiente a tal fine il potere di adottare tutte le misure necessarie alla tutela degli investitori (art. 100-*ter* T.U.F.)[63], né il potere di verifica attribuito dal regolamento Consob al gestore implica necessariamente un potere conformativo dell'autonomia statutaria nei confronti degli emittenti.

Può accadere che per mezzo della regolazione privata si addivenga a tracciare un precetto, una regola o una convenzione attinente al caso, tale da colmare lacune lasciate da chi conferisce la "delega". Il trasferimento di poteri regolatori ai privati da parte di soggetti pubblici all'interno del contesto dei mercati comporta un rinvio essenzialmente agli strumenti privatistici del contratto[64], ma il passaggio di consegne è pur sempre governato dal principio di legalità[65], elemento imprescindibile affinché la *regulatory law*, travalicando il piano della razionalità materiale[66], possa trovare posto nella sistematica delle fonti del diritto. Il principio di legalità

[62] P. Montalenti, *Nuove clausole generali del diritto commerciale tra civil e common law,* cit., in *Impresa, società di capitali, mercati finanziari,* Torino, 2017, p. 33; Id., Le *operazioni con parti correlate*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 319 ss.

[63] Come è noto, il problema se una generica previsione, che attribuisca al regolatore pubblico il potere di adottare qualsiasi misura, sia necessaria alla tutela degli investitori sia sufficiente a fondare una regola di diritto societario, si pose a suo tempo in relazione alla *Rule* 19c - 4 della *Securitiuies and Exchnge Commission*, introdotta al fine di evitare che il NYSE eliminasse la regola *one share-one vote* dai propri *listing requirements*, In argomento, v. per tutti S. M. Bainbridge, *The Short Life and Resurrection of SEC Rule 19c-4. Washington University Law Quarterly*, 1991, pp. 565-634. Consultabile all'indirizzo SSRN: *https://ssrn.com/abstract=315375* or *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.315375.*

[64] L' effetto è che la regolazione privata soggiace al vaglio della disciplina della concorrenza, diretta ad assicurare l'equilibrio tra i regolatori privati e il controllo sui rischi di abuso. F. Cafaggi, *Le dimensioni costituzionali della regolazione privata,* cit., p. 317.

[65] «La sovranità statale, nel farsi inizio e principio di altre fonti normative, erode e disintegra se stessa»: N. Irti, *Sul problema delle fonti di diritto privato*, cit., p. 702.

[66] G. Teubner, *Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions*, in Id. (ed.), *Juridification of Social Spheres: A comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin, 1987, p. 19.

è *ordre savant* all'interno di un sistema fluido come quello del mercato[67]: non c'è un'abdicazione nell'organizzare i sottosistemi e nella redistribuzione delle competenze[68], bensì il presidio esercitato dalla legge ha il potere di amalgamare una frammentata realtà regolatoria, feudalizzata in plurime autorità private. L'autoregolamentazione, come forma di partecipazione nella creazione della regola, deve porsi in costante dialettica con il principio di legalità, appunto, e con i suoi corollari di sovranità e democraticità[69], immettendosi, solo per tale via, nello svolgimento del sistema delle fonti[70].

L'autoregolamentazione non può atteggiarsi a fonte del diritto in quanto è una forma di produzione periferica del diritto che erode il principio di legalità comportando come corollario un *deficit* in termini di democraticità[71].

Tanto autorizza a concludere, alla stregua del principio di legalità e alla luce del sistema delle fonti, che anche se vi fossero delle regole in materia di trasparenza dei patti parasociali dirette a conformare il contenuto delle clausole statutarie degli emittenti ammessi, queste non sarebbero ascrivibili al rango di norme, e non potrebbero pertanto fungere da regole di validità. Si potrà ipotizzare, per contro, che la violazione della regola posta dal gestore configuri un inadempimento degli impegni assunti dall'emittente, legittimando l'adozione di provvedimenti che incidono sulla permanenza dell'offerta sul portale (salvo il diritto al risarcimento del danno in favore di chi abbia subito un pregiudizio per effetto della negligenza del gestore nel disporre l'ammissione al portale).

---

[67] La preminenza di norme giuridiche inderogabili è elemento dirimente tra il diritto commerciale come pensato dai sistemi di *civil law* rispetto ai sistemi di *common law*, la cui ossatura va ricercata maggiormente nel precedente giurisprudenziale: R. Goode, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano, 2003, p. 17 ss.

[68] F. Criscuolo, *L'autodisciplina, Autonomia privata e sistemi delle fonti*, Napoli, 2000, pp. 7 e 89.

[69] F. Cafaggi, *La dimensione costituzionale della regolazione privata*, cit., p. 320.

[70] Spiega N. Irti che «il criterio formale, da cui dipende l'appartenere o non appartenere di una norma al sistema prescelto, risale indietro ad un fatto; ma questo fatto, dal suo canto, non può rimanere tale, e deve tradursi in criterio formale. La storia è in grado di descrivere genesi o efficacia di una norma, ma non di spiegare la sua validità. La validità di una norma - ossia perché una posizione del volere umano si converta in volere giuridico - è spiegabile soltanto in base ai criteri procedurali del singolo ordinamento. la scelta dell'ordinamento, che il giurista assume per sovrano ed esclusivo, è insieme, scelta di una gerarchia delle fonti»: N. Irti, *Sul problema delle fonti di diritto privato*, cit., p. 698 ss.

[71] Si slega il rapporto di necessaria verticalità tra la democrazia politica su cui appoggia la produzione legislativa e la democrazia normativa, eco della prima nel contesto della regolazione privata. M. Orlandi, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, cit., p. 378.

5. *Osservazioni conclusive*

Globalizzazione, deterritorializzazione e progresso tecnologico[72] sono le coordinate che definiscono lo spazio entro cui collocare lo studio delle autorità private nel contesto dei mercati finanziari.

La comparsa di queste nuove micro-razionalità[73] normative si spiega alla luce dell'esigenza di confezionare regole per i nuovi mercati del diritto in maniera celere e pronta alla mutevolezza dei rapporti che legano a doppia elica società e mercati[74]. Così cambiano le relazioni tra diritto, società e politica[75]; e nel tempo cambiano i connotati e le prerogative dei regolatori privati e pubblici: ne è testimone l'evoluzione storica dei compiti della Consob[76].

L'amministrativizzazione del diritto dei mercati finanziari, che ha progressivamente accresciuto le funzioni paranormative della Consob[77],

[72] S. Fortunato, *Crisi, economia di mercato e modelli alternativi: provocazioni per il giurista*, in *Orizz. dir. comm.*, 2013, p. 11; P. Montalenti, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione,* in Id, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari,* cit., p. 13; Id., *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 391 ss., in part. p. 397; R. Hamaui, *La competizione fra mercati e intermediari ed il nuovo ruolo della regolamentazione*, in *Banca. impr. soc.*, 2000, p. 289.

[73] S. Rodotà*, Repertorio di fine secolo*, Bari, 1999, p. 35 ss.

[74] N. Lipari, *Fonti del diritto e autonomia dei privati (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 732.

[75] La relazione di questi indicatori - c.d. "collegamento strutturale" - è alla base del trilemma regolativo di Teubner, secondo cui «l'"inanità del diritto" nell'occuparsi di fenomeni sociali o politici si traduce in un *gap* regolativo, nelle tre diverse forme dell'incongruenza, dell'iperlegalizzazione ovvero dell'ipersocializzazione»: G. Teubner*, Il Trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1987, I, p. 85 ss., in part. p. 101. V. anche, V. Torre*, La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale, un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività d'impresa*, Bologna, 2013, p. 50 ss.

[76] Tra le prime monografie dedicate all'Autorità di vigilanza del mercato, è doveroso citare le preziose pagine di G. Minervini, *La Consob. Lezioni di diritto del mercato finanziario*, Napoli, 1989.

[77] L.A. Bianchi, *Le linee di tendenza dell'evoluzione dei poteri della Consob (nei confronti degli emittenti)*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, cit., pp. 339-341 ss. In argomento, M. Rescigno in un suo saggio illustra la sussistenza di due distinti approcci dogmatici al fenomeno: un primo riconducibile alle autorevoli opinioni di Merusi e Marzona, i quali sostenevano trattarsi di pronunce normative aventi pari grado sostanziale rispetto a quelle di rango primario, sino ad ammettere la valenza applicativa del principio della *lex posterior*; un secondo, la cui paternità è riconducibile a Denozza, che «rammenta la necessità di una diretta derivazione dall'investitura legislativa del potere regolamentare, sottolineando in misura più o meno marcata la necessità che l'investitura legislativa, il «passo indietro» del legislatore, sia non solo espresso, ma anche accompagnato da una indicazione sufficientemente precisa dei principi generali, delle scelte fondamentali

si è accompagnata all'introduzione dei sistemi di *private ordering*[78]. Gli stessi protagonisti del mercato[79] partecipano in vario modo al processo di produzione delle regole[80] al fine di avvicinare la risposta giuridica agli interessi regolati.

Non è "diritto mite"[81] né tanto meno bisogno di meno diritto[82], rimane cogente il legame con il centro del potere legislativo[83], e la dispersione delle competenze è moderata sull'impronta del principio di proporzionalità e del principio di sussidiarietà[84]; i regolatori privati sono tuttora riconoscibili come autorità private il cui potere si articola coerentemente alle regole del contratto[85].

entro le quali tale potestà normativa deve muoversi». M. Rescigno, La *Consob: un legislatore-giudice «dimezzato»?*, in *Stato merc.*, 2001, p. 107 ss.

[78] P. Marchetti, *Il crescente ruolo delle autorità di controllo nella disciplina delle società quotate*, cit., p. 66; F. Cafaggi, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, cit., p. 207.

[79] G. Gitti, *Vecchi e nuovi confini dell'autonomia contrattuale*, in F. Macario, M.N. Miletti (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, cit., p. 395.

[80] Il decentramento normativo porta a non collocare concettualmente lo Stato in una posizione di gerarchia rispetto ai governati, poiché i rapporti si sviluppano orizzontalmente (c.d. *herethical)*: V. Torre, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, cit., pp. 19, 32 e 57 ss.

[81] F. Criscuolo prende in prestito la denominazione dal titolo del saggio di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti e giustizia*, Torino, 1992, sottolineando come sia un'espressione «fortemente suggestiva nella misura in cui non voglia preludere ad una perdita da parte del diritto del suo ruolo intrinseco che è stato e deve rimanere quello di promozione e di governo dei fenomeni sociali, di selezione politica degli obiettivi e dei valori». F. Criscuolo, *L'autodisciplina, l'autonomia privata e sistema delle fonti*, cit., p. 19.

[82] N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003, pp. VIII-IX.

[83] Come è stato osservato, «formule come *deregulation*…non alludono al bisogno di "meno diritto", ma ad una diversa organizzazione del sistema delle fonti e ad una diversa finalizzazione delle regole…così la *deregulation* implica la sostituzione della fonte regolatrice privata a quella pubblica, non la fine della regolamentazione giuridica»: S. Rodotà, *Del ceto dei giuristi e di alcune sue politiche del diritto*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 8 ss.

[84] N. Lipari, *Fonti del diritto e autonomia dei privati (spunti di riflessione)*, cit., p. 729; N. Rangone, *Mercati Finanziari e qualità delle regole*, in *Banca impr. soc.,* 2010, p. 55 ss. In specie, l'A. contempla il ricorso ai principi di adeguatezza oltre che di proporzionalità, inteso quest'ultimo come «criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari» e che troverebbe enunciazione, per il diritto dei mercati finanziari, nella lettera dell'art. 23, l. 262/2005. G. Alpa afferma che si è passati dal "mito dello stato onni-presente" alla "mistica della volontà privata sostitutiva dell'intervento statale.": G. Alpa, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 725 ss.

[85] L'uso delle categorie del contratto «sorregge la fondazione costituzionale dell'autonomia privata» con il derivante beneficio di porre l'istituto *de quo* senza soluzioni di continuità con il divenire economico e sociale. C. Scogliamiglio, «Statuti» dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e disciplina di settore, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, cit., pp. 289-290.

Silvia Martinelli

L'autorità privata del provider

Sommario: 1. Introduzione – 2. La responsabilità dei provider ai sensi della dir. 31/2000 – 3. Le recenti tendenze verso una maggior responsabilizzazione del provider – 4. Compatibilità con il principio di eguaglianza reciproca nei rapporti tra privati: autorità di fatto e insufficienza della volontà negoziale – 5. Da potere di fatto a potere di diritto: la responsabilità del provider – 6. Quali limiti?

1. *Introduzione*

L'attuale lettura dell'opera di Cesare Massimo Bianca, col pensiero volto ai mutamenti introdotti dalle nuove tecnologie e, in particolare, da Internet, consente celermente l'identificazione di alcuni soggetti che, in tale contesto, si sono eretti ad autorità private: consentite di fatto dalla tecnologia, formalmente contrattualmente stabilite e talvolta legittimate da alcune politiche legislative e pronunce giurisprudenziali. Ci si riferisce ai provider, intendendo per tali i soggetti che offrono "la trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi"[1]. La definizione è molto ampia e consente di ricomprendervi soggetti che offrono tipologie di servizi molto diverse, ma che sono accomunati dal potere materiale di controllare, modificare o cancellare i contenuti che veicolano. All'interno di tale ampia categoria, s'intende incentrare l'analisi sul caso dei grandi social networks, particolarmente significativo in ragione della loro ampia diffusione e del peculiare potere privato che essi esercitano.

Il social network può essere definito come una piattaforma, generalmente proprietaria, all'interno della quale gli utenti possono condividere

[1] *Considerando* 18 dir. 31/2000 relativa "a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno", cosiddetta "Direttiva sul commercio elettronico".

informazioni. Si caratterizza principalmente sulla base di tre aspetti: la presenza di un profilo utente, la creazione di connessioni e contatti con altri profili, la possibilità di visualizzare le connessioni, le informazioni e i contenuti pubblicati dagli utenti della propria rete con identificazione dell'utente autore e delle reti stesse[2].

Nell'ambito dei social network è possibile identificare almeno due tipologie di soggetti: il gestore (il provider) e gli utenti. Il provider fornisce agli utenti la possibilità di utilizzare la piattaforma e i servizi ad essa relativi, in primo luogo la condivisione di contenuti, normalmente a titolo gratuito, con un modello di business basato sull'utilizzo dei dati personali raccolti ai fini di profilazione per l'offerta a terzi di servizi pubblicitari. Nell'ambito di tale modello l'esempio più noto è quello di Facebook, ma le caratteristiche sopra descritte - piattaforma, profili, connessioni e condivisione di informazioni nella rete - sono comuni ad altri social networks. In una nozione di social network intesa in senso ampio si possono poi far rientrare altre realtà, che rispondono ad un diverso modello di business. Tra questi vi sono le piattaforme in cui il provider mette in comunicazione più soggetti per l'incontro di domanda e offerta di beni o servizi traendo profitto dalle transazioni (ad esempio AirBnB) o i social networks di recensioni online come TripAdvisor, i quali si distinguono da Facebook (e simili) sia in quanto volti alla realizzazione di un servizio maggiormente qualificato rispetto alla mera comunicazione e condivisione di informazioni, sia in quanto caratterizzati da una minore rilevanza del profilo personale rispetto ai servizi offerti.

I modelli sopra sommariamente descritti, ben lungi dal costituire una completa rappresentazione di tutti i social networks allo stato esistenti, consentono però di comprendere la portata del problema definitorio, che può indurre a ricomprendere nella nozione di social network solamente le piattaforme che s'incentrano sui profili personali o, invece, anche quelle che, pur mettendo in comunicazione più soggetti, sono principalmente e direttamente volte allo scambio di beni e servizi tra soggetti variamente iscritti alla piattaforma. Allo stesso tempo, i modelli indicati rendono evidente che queste piattaforme costituiscono spazi nei quali le persone svolgono rilevanti attività della vita umana, che possono essere anche espressione di libertà costituzionali, quali la libertà di espressione, di riunione, di associazione, di iniziativa economica, etc.

Ci si chiede, allora, quale sia il ruolo della piattaforma rispetto alle attività che in essa gli utenti svolgono e rispetto agli utenti stessi. Sia che si

[2] Cfr. E. Rosati, G. Sartor, *Social networks e responsabilità del provider*, in *European University Institute Law*, 2012, disponibile al seguente link *http://hdl.handle.net/1814/21114* [2.01.2018].

tratti di social network in senso stretto, sia che si adotti una definizione più ampia, si è in presenza di soggetti, cosiddetti provider, che forniscono servizi, prevalentemente a fini commerciali, basandosi su modelli di business anche molto differenti tra loro, che ricomprendono la gestione di informazioni e contenuti generati dagli utenti, con possibilità di intervenire su di essi organizzandoli, modificandoli o anche cancellandoli.

Si tratta di un potere che nasce come potere di fatto, quale materiale possibilità di intervenire sui contenuti, e che viene regolamentato dai provider stessi nell'ambito delle condizioni generali di contratto, mediante l'adozione di clausole nelle quali sono descritti i diritti e poteri ch'essi si riservano con riguardo ai contenuti generati dagli utenti, spesso esercitabili anche in modo completamente discrezionale.

In considerazione della sempre maggior quantità di attività umane che in tali contesti si esplicano, della crescente rilevanza delle informazioni e dei dati che ci descrivono e qualificano dicendo al mondo chi siamo[3], della digitalizzazione o "platformattizzazione" dell'economia, il presente contributo intende analizzare il peculiare potere che i provider esercitano e la loro capacità di incidere sulle persone mediante l'intervento sui dati da essi generati o che ad essi si riferiscono.

2. *La responsabilità dei provider ai sensi della dir. 31/2000*

La dir. 31/2000, cosiddetta Direttiva sul commercio elettronico, come è stata tradizionalmente interpretata, prevede l'assenza di un obbligo di sorveglianza sui contenuti da parte del provider cosiddetto "passivo", ovvero il provider che non svolga sui contenuti un'attività di selezione o modificazione. In tal caso, quale regola generale, vige il principio della irresponsabilità, salvo che nel caso in cui, venuto a conoscenza di attività illecite, non ne informi le autorità competenti e in caso di non attivazione a seguito di segnalazione da parte delle autorità giudiziarie o amministrative competenti.

La disciplina prevista dalla Direttiva con riguardo ai provider può

[3] Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 159, che con riferimento ai dati personali «che dicono al mondo chi siamo» e al concetto di habeas data, afferma la necessità di tutelare la persona riconoscendole quel diritto alla protezione dei dati ormai da intendersi come comprensivo del diritto di accesso, rettifica, cancellazione e integrazione, poiché solo in tal modo «il corpo elettronico e la sua gestione rimangono nella sfera giuridica della persona».

essere, quindi, sintetizzata come segue: il provider non ha un obbligo di sorveglianza sui contenuti che conserva, diffonde o trasmette; non è tenuto alla ricerca attiva di attività illecite; se viene a conoscenza di attività illecite deve informare senza indugio le autorità; se le autorità gli richiedono di fornire informazioni o di disabilitare l'accesso ad alcuni contenuti, deve agire senza indugio[4].

Tali principi, affermati nell'ormai lontano 2000, hanno da sempre suscitato perplessità e contrasti dottrinali e giurisprudenziali[5]. In particolare, in presenza di contenuti illeciti, ferma la responsabilità dell'utente, si è in più occasioni cercato di estendere la responsabilità anche al provider, come è avvenuto, ad esempio, nel caso Google Vividown (Cass. 5107/2014)[6].

Il maggior pregio del principio affermato dalla dir. 31/2000 è di consentire, in caso di provider "passivo", la creazione di uno "spazio aperto" nel quale solo l'utente è responsabile per i contenuti che egli immette, sollevando il provider dall'onere di controllo. Tuttavia, tale principio ha sollevato perplessità per i casi in cui gli utenti non siano identificabili, cosiddetto "anonimato"; nei casi nei quali il provider offra un servizio commerciale e tragga dal contenuto illecito immesso dall'utente un'utilità economica; ove, infine, siano necessari interventi per il controllo e l'eliminazione dei contenuti, al fine di tutelare rilevanti interessi

[4] Non dissimile la disciplina prevista negli Stati Uniti e, in particolare, la "Section 230"del Communications Decency Act (CDA), che offre agli Internet service provider esenzioni alle responsabilità connesse ai contenuti pubblicati da soggetti terzi e che, con riferimento agli hosting provider prevede l'irresponsabilità ove non vi sia conoscenza effettiva dell'illiceità o se, venuto a conoscenza dell'illiceità, il provider provveda celermente alla rimozione; ove, nel caso in cui abbia la possibilità di controllare i contenuti, non abbia ricevuto beneficio economico dall'illecito; ove in caso di ricezione di una notifica di una violazione relativa a un contenuto proceda celermente alla cancellazione (o disabilitando l'accesso), cosiddetto "notice-and-take-down-system".

[5] Cfr., *ex multis*, F. Di Ciommo, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi down*, in *Dir. inf.*, 2010, pp. 829-857; L. Lupària (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Milano, 2012; M. Tescaro, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'Internet provider*, in *Giur. mer.,* 2013, p. 2584 ss.; G. Pino, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e resp.,* 2004, p. 832 ss.; O. Pollicino, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Percorsi cost.*, 2014, p. 45 ss.; O. Bassini, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli Internet service provider. Verso un modello di responsabilità 'complessa'?*, disponibile al seguente link: *http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=30349* [4.01.2018].

[6] Con riguardo a tale caso sia consentito un rinvio a S. Martinelli, *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e oblio nell'era digitale*, Milano, 2017, pp. 141-147.

pubblicistici, per i quali il provider stesso è il soggetto maggiormente in grado di intervenire in modo tempestivo ed efficace.

Le considerazioni sopra descritte, unitamente alla moltiplicazione e differenziazione delle attività che potrebbero rientrare nella generica definizione di provider, sono state rilevate dalle Corti e dai Legislatori, che al principio suddetto hanno introdotto alcune rilevanti eccezioni. Al contempo, va sviluppandosi in dottrina una più ampia riflessione sul regime di responsabilità applicabile a tali soggetti, sulla possibilità di mantenere un unico regime pur in presenza di diverse esigenze che necessitano tutela, sull'eventualità di non considerare unitamente la categoria dei provider e sulle possibili conseguenti distinzioni[7].

3. *Le recenti tendenze verso una maggior responsabilizzazione del provider*

Come anticipato nel paragrafo che precede, il principio dell'assenza di un obbligo di sorveglianza da parte dei provider sui contenuti immessi dagli utenti e la loro "irresponsabilità" sono stati attenuati e posti in discussione da alcuni recenti interventi normativi e giurisprudenziali.

In primo luogo, si ritiene di dover citare la sentenza della Corte di Giustizia nota come "Google Spain"[8] che, con riguardo al diritto alla riservatezza e, in particolare, al diritto alla cancellazione dei dati personali, ha affermato che l'utente che voglia ottenere la cancellazione di un contenuto che lo riguardi possa rivolgersi, alternativamente o cumulativamente, all'utente che tale contenuto ha pubblicato o al provider. Nel caso di specie si trattava di un motore di ricerca, Google, con la conseguenza che l'aggiuntiva opzione di esercizio del diritto alla cancellazione esercitabile verso il motore di ricerca è stata definita come "de-indicizzazione". Il soggetto cui i contenuti sono riferiti o riferibili ("soggetto interessato") può, quindi, richiedere la cancellazione del contenuto o la de-indicizzazione

[7] Cfr. M. Lavi, *Content Providers' Secondary Liability: A Social Network Perspective,* in 26 *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal* (2016), pp. 855-943, che introduce alcune prime distinzioni sostenendo la necessità di identificare tre principali categorie, basate su un'analisi sociologica: «free style», «peer production», «deliberation and structuring communities». Solo con riguardo a quest'ultima ritiene debba essere applicato il meccanismo notice and take down.

[8] C. Giust. UE, 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Inc. and Google Spain v. Agenzia Española De Protecciòn de Datos and Mario Costeja Gonzalez;* Cfr. S. Martinelli, *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e oblio nell'era digitale,* cit.; G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il diritto all'oblio dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015.

dello stesso e, in entrambi i casi, deve rivolgersi al soggetto che tratta i dati ("titolare del trattamento"), con possibilità, ove questi non rispondesse o negasse la cancellazione, di rivolgersi all'Autorità Garante per la protezione dei dati personali o all'autorità giudiziaria.

La sentenza, letta da una prospettiva più ampia rispetto a quella propria della normativa per la tutela dei dati personali, introduce un meccanismo di "notice-and-take-down", che consente all'utente di rivolgersi direttamente al provider per ottenere la cancellazione di un contenuto e, conseguentemente, impone al provider di gestire tali richieste e decidere su di esse. La decisione sulle richieste degli utenti è, quindi, attribuita in primo luogo al provider e, solo eventualmente, in seconda battuta, è previsto l'intervento delle autorità amministrative o giudiziali.

In secondo luogo, con riguardo all' hate speech, si è affermata, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la possibilità per gli Stati membri di prevedere, in alcune circostanze, che il portale web sia responsabile anche per i commenti pubblicati dagli utenti[9]. Ciò è avvenuto, ad esempio, nel caso Delfi v. Estonia, ove la Corte, chiamata a valutare se l'applicazione della normativa nazionale che prevede forme di responsabilità del provider per i contenuti degli utenti sia compatibile con la Cedu, ritenne nel caso specifico che il numero di commenti generati dagli utenti era tanto elevato da suggerire la conoscenza di essi da parte del gestore del portale, nonché che la sanzione in tal caso applicata fosse proporzionata.

Negli ultimi mesi, le richieste di intervento da parte dei provider per il contrasto all'hate speech si sono moltiplicate e la Commissione europea ha elaborato, nel maggio 2016, un Codice di condotta elaborato assieme a Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube[10] e, nel settembre di quest'anno, delle Linee Guida per le piattaforme online per rafforzare la prevenzione, l'individuazione e la rimozione proattivi dei contenuti illeciti che incitano all'odio, alla violenza e al terrorismo[11].

[9] Con riguardo all'hate speech online si veda G. Ziccardi, *L'odio online*, Milano, 2016; nonché LIBE Committee, *The European legal framework on hate speech, blasphemy and its interaction with freedom of expression*, 2015, disponibile al seguente link *www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/.../IPOL_STU(2015)536460EN.pdf* [5.01.2018]; R. Nigro, *La responsabilità degli Internet service providers e la Convenzione europea dei diritti umani: il caso Delfi AS*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2015, pp. 681-689; S. Vimercati, *Magyar c. Ungheria: la Corte europea ritorna sulla responsabilità dei portali web*, in *Quaderni cost.,* 2016, p. 393 ss.

[10] Commissione Europea, *Code of conduct on countering illegal hate speech online*, maggio 2016, disponibile al seguente link *ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf* [4.01.2018].

[11] Commissione Europea, *Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced*

Oggetto di pubblico dibattito è, inoltre, il tema delle fake news, per le quali la Commissione ha dichiarato di voler procedere mediante Linee Guida e Codici di condotta sulla falsariga di quanto avvenuto per l'hatespeech.

Con riguardo alle proposte normative non ancora approvate, è necessario ricordare la proposta di Direttiva "Copyright" ("sul diritto d'autore nel mercato unico digitale")[12], che prevede all'art. 13 che i provider che "memorizzano e danno pubblico accesso a grandi quantità di opere o altro materiale caricati dagli utenti" debbano adottare, in collaborazione con i titolari dei diritti, misure miranti a garantire il funzionamento degli accordi con essi conclusi per l'uso delle loro opere o altro materiale ("ovvero volte ad impedire che talune opere o altro materiale identificati dai titolari dei diritti mediante la collaborazione con gli stessi prestatori siano messi a disposizione sui loro servizi"), prevedendo altresì che "tali misure, quali l'uso di tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti" debbano essere " adeguate e proporzionate"[13].

Infine, per quanto concerne i provider che operano quali piattaforme di intermediazione, vi è la proposta di direttiva ("Directive on Online Intermediary Platforms"[14]) volta a disciplinarne le responsabilità per le dichiarazioni ingannevoli o fuorvianti rese dalla stessa piattaforma e per non aver rimosso informazioni ingannevoli o fuorvianti fornite dai prestatori dei servizi.

4. *Compatibilità con il principio di eguaglianza reciproca nei rapporti tra privati: autorità di fatto e insufficienza della volontà negoziale*

Descritta la disciplina attuale in materia di responsabilità del provider e le perplessità dottrinali e giurisprudenziali che essa ha suscitato, s'intende ora verificare, seguendo l'insegnamento di Bianca, se i poteri descritti, attribuiti al provider quale nuova autorità privata, siano compatibili con

responsibility of online platforms, 28 settembre 2017, disponibile al seguente link *https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-tackling-illegal-content-online-towards-enhanced-responsibility-online-platforms* [4.01.2018].

[12] Commissione Europea, Proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, COM(2016) 593 final, 14 settembre 2016, disponibile al seguente link *https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-593-IT-F1-1.PDF* [4.01.2018].

[13] Su art 13 copyright.

[14] Cfr. Research group on the Law of Digital Services, *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, in *Journal of European Consumer Market Law*, Issue 4/2016.

il principio di eguaglianza, quale «pari autonomia dei privati ossia del non assoggettamento all'altrui potere autoritario»[15], verificando se «le posizioni autoritarie private giuridicamente riconosciute nel nostro ordinamento possano legittimarsi alla stregua del principio di eguaglianza reciproca»[16].

Riprendendo la suddivisione operata da Bianca tra autorità di diritto e autorità di fatto - intendendo le prime quali soggetti privati dotati del «potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni»[17] e le seconde come emergenti da «situazioni di assoggettamento a poteri autoritari che non costituiscono privilegi di diritto ma si avvalgono di comuni posizioni giuridiche»[18] che possono necessitare l'intervento dello Stato alla luce del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale - si ritiene che il potere del provider sia innanzitutto un potere di fatto.

Si tratta, infatti, in un'ottica ampia, di un soggetto dotato di poteri autoritari, ovvero poteri decisionali, che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma su posizioni di forza economico-sociale, e che impone le sue decisioni avvalendosi «delle comuni posizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati»[19].

Il fondamento di tale potere può rinvenirsi nell'autonomia privata e nell'accettazione contrattuale, ma solo dal punto di vista formale, in quanto tale presupposto è inidoneo ad escludere la violazione del principio di eguaglianza e la sua conseguente abusività. La volontà del singolo di assoggettarsi al potere di un terzo non è, quindi, di per sé sufficiente ad escludere l'abusività del potere conferito, in quanto può realizzarsi un «predominio contrattuale»[20] che richiede un pubblico intervento limitativo dell'autonomia contrattuale volto a ristabilire l'uguaglianza sostanziale.

Nel caso del peculiare potere oggetto di analisi, rilevano, in particolare: la predisposizione unilaterale delle condizioni generali da parte del provider senza possibilità di contrattazione o modificazioni; la ridotta possibilità di scelta tra diversi social network, dovuta sia alla presenza di posizioni monopolistiche, sia allo stesso funzionamento del social network che diviene appetibile per l'utente per la presenza in esso di soggetti ai quali s'intendono comunicare informazioni; l'apparente gratuità del servizio, che ha in realtà il suo corrispettivo nella fornitura di dati personali, che riduce in concreto la valutazione critica delle condizioni contrattuali da parte dell'utente.

[15] Cfr. C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 5.
[16] *Ibidem.*
[17] Cfr. C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 4.
[18] Cfr. C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 8.
[19] Cfr. C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 56.
[20] Cfr. C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 77.

Anche la possibilità di esercitare il diritto di recesso non consente di superare il problema dell'autorità «poiché non sempre questa facoltà può essere esercitata liberamente e senza compromettere l'interesse perseguito»[21] mediante la partecipazione al social network stesso, in particolare in quanto «il costo di recedere dal contratto può essere alto quando l'utente ha investito tempo ed energie nella messa a punto del proprio profilo e ha un'ampia rete di contatti»[22].

Si aggiunga che il provider è solito prevedere un proprio potere di modificazione unilaterale del rapporto contrattuale, con o senza notifica concernente la modifica intervenuta, configurando in tal modo l'accettazione iniziale come un vincolo generico di sottoposizione all'altrui determinazione, salvo il recesso. Infine, pressoché minime sono le obbligazioni contrattuali poste dal contratto a carico del social network stesso, tanto che «non si va troppo lontano dal vero dicendo che il social network non si obbliga a nulla e tende anzi ad escludere o limitare fortemente la propria responsabilità»[23].

Il caso del social network e, più in generale, del provider, non incarna tuttavia meramente un caso di debolezza contrattuale, poiché presenta ulteriori caratteristiche che lo avvicinano ai gruppi organizzati, al potere imprenditoriale, nonché al potere statuale.

Con riguardo alla prima realtà evocata, si possono immaginare e sicuramente anche rinvenire social network creati per la realizzazione di uno scopo comune e che attuino il principio democratico. In tal caso si potrebbe essere in presenza di un potere che, anche ove la decisione del gruppo vincoli il singolo a prescindere dalla sua accettazione, rispetta il principio di parità reciproca, vietando l'imposizione al singolo delle decisioni assembleari del gruppo ma solo nella misura in cui gliene è consentita la partecipazione.

I principali e più importanti esempi di social network, pur essendo basati sui gruppi, sulle connessioni e relazioni tra individui, che sono parte fondamentale del sistema, presentano, tuttavia, la distinzione già in apertura descritta tra utenti e gestore della piattaforma. In tal caso, non è rinvenibile il conferimento del potere al gruppo per la realizzazione di uno scopo comune e, anche ove si voglia rinvenire uno scopo comune nel funzionamento del social network stesso, il provider eserciterà il potere conferitogli non soltanto per il bene della comunità ma anche, e soprattutto, nel proprio interesse.

Come nel caso dell'imprenditore rispetto ai lavoratori[24], vi è un potere

[21] C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 17.
[22] R. Caterina, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *Annali it. dir. autore AIDA*, 2011, p. 95.
[23] R. Caterina, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, cit., p. 98.
[24] Cfr. C.M. Bianca, *Le autorità private,* cit., p. 33 ss.

che lede profondamente il principio di eguaglianza, attribuendo ad un soggetto, nel suo interesse, e non a tutela di un interesse pubblicistico, una supremazia su altri soggetti. Tale potere può essere opportuno per il buon funzionamento dell'organizzazione, tuttavia non può configurarsi come assolutamente discrezionale, senza limiti e controlli. E il fondamento contrattuale appare insufficiente a garantire una posizione di parità, risolvendosi in un mezzo per legalizzare quanto predisposto dal provider[25].

Le similitudini con il potere imprenditoriale sussistono, in particolare con riguardo al fatto che il provider esercita un potere che gli consente sia di determinare le eventuali sanzioni (ad esempio la cancellazione di un contenuto, l'impossibilità di compiere determinate operazioni per un tempo limitato, il congelamento temporaneo o la definitiva cancellazione del profilo[26]), sia di applicarle direttamente nei confronti degli utenti. Non sussiste, quindi, alcun controllo se non a posteriori mediante ricorso all'autorità giudiziaria, che appare poco plausibile per interessi di valore economico ridotto.

Nel caso del datore di lavoro si è proceduto mediante una tipizzazione e procedimentalizzazione delle sanzioni applicabili. Si ritiene sia possibile ed auspicabile procedere con un intervento similare con riguardo alle grandi piattaforme, anche mediante l'utilizzo di strumenti di soft law ove una normativa legislativa fosse troppo rigida o ponesse i soggetti di minore dimensione in difficoltà rispetto alle piattaforme più diffuse (o comunque ponendole in relazione alle concrete possibilità, anche economiche, del provider considerato), come è in parte avvenuto mediante l'adozione del Codice di condotta per il contrasto all'hate speech.

Né, infine, il social network può essere ritenuto un ordinamento giuridico autonomo, sebbene emergano, anche alla lettura delle condizioni contrattuali, elementi che paiono suggerire una simile aspirazione[27].

[25] Cfr. C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 38, con riguardo al lavoratore, ma tuttavia applicabile anche al caso in esame, in quanto sebbene non vi siano quegli elementi di disparità contrattuale propri del rapporto tra lavoratore e datore di lavoro, ve ne sono altri, descritti nel paragrafo precedente - predisposizione unilaterale, posizioni monopolistiche, apparente gratuità che ledono e, di fatto, diminuiscono il potere contrattuale dell'utente.

[26] Cfr. l'articolo 5 delle Condizioni di utilizzo, denominate "Dichiarazioni dei diritti e delle responsabilità", disponibili al seguente link *https://www.facebook.com/legal/terms* [5.01.2018], il cui secondo comma prevede "Ci riserviamo il diritto di rimuovere tutti i contenuti o le informazioni che gli utenti pubblicano su Facebook, nei casi in cui si ritenga che non rispettino la presente Dichiarazione o le nostre normative" e il cui quinto comma prevede "Qualora l'utente non rispetti ripetutamente i diritti di proprietà intellettuale di terzi, disabiliteremo il suo account nei casi in cui lo riterremo opportuno".

[27] Si veda, ad esempio, lo stile e il contenuto dei "Principi" di Facebook, che ricordano

5. *Da potere di fatto a potere di diritto: la responsabilità del provider*

Il potere del provider può, quindi, essere genericamente descritto, alla luce delle distinzioni operate da Bianca, come un potere di fatto, formalmente attribuito contrattualmente. Tuttavia tale situazione diventa più complessa quando si considerano le eccezioni al generale principio di irresponsabilità introdotto dalla dir. 31/2000. Nei casi in cui il provider è tenuto ad intervenire pena la sua responsabilità, si è alla presenza di un potere di diritto. In tali casi sussiste il fenomeno dell'autorità privata, quale "soggezione all'altrui potere decisionale" e "potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni"[28].

Inoltre, secondo un'interpretazione della Direttiva 31/2000, il provider sarebbe responsabile ove abbia di fatto effettuato un controllo ("provider attivo") ma non abbia rimosso il contenuto illecito. Anche in tal caso, quindi, alla responsabilità attribuitagli in caso di mancata rimozione consegue un potere di intervento. È questo uno dei punti più criticati della distinzione giurisprudenziale tra "provider attivo" e "provider passivo", che paradossalmente pone una responsabilità in capo al soggetto che effettua un controllo inefficace e non, invece, al soggetto che non effettua alcun controllo. La distinzione consente al provider di non verificare i contenuti immessi dagli utenti, favorendo i soggetti più piccoli o non commerciali, per i quali tali verifiche di tal genere costituirebbero barriere all'ingresso nel mercato, nonché il più generale sviluppo dell'informazione ed economia digitale. Al contempo, però, la previsione di una responsabilità in caso di provider attivo, che abbia effettivamente condotto una verifica o un controllo sui contenuti, ad avviso di chi scrive è condivisibile ove si sia in presenza di una piattaforma dal carattere editoriale, mentre per altri casi occorrono ulteriori distinzioni. Si ritiene, ad esempio, condivisibile quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine ai casi in cui le circostanze stesse inducono ad escludono ad escludere l'inconsapevolezza del provider, nonché la previsione di responsabilità per le piattaforme che operano nell'ambito della cosiddetta "sharing economy", ma limitatamente a taluni aspetti specifici, come previsto nella Proposta di

una Carta costituzionale, disponibili al seguente link *https://www.facebook.com/principles.php* [5.01.2018]. In particolare si veda quanto affermato all'ultimo comma dell'articolo 4, "Uguaglianza fondamentale" ("Dovrebbe esserci un unico gruppo di principi, diritti e responsabilità valido per tutti gli utenti del servizio di Facebook"); nonché all'articolo 10, "Un unico mondo" ("Il servizio di Facebook dovrebbe trascendere i confini geografici e nazionali ed essere disponibile per gli utenti di tutto il mondo").

[28] Cfr. C.M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 4.

Direttiva on Intermediary Platform già citata.

In materia di diritto all'oblio è previsto un sistema di notice and take down, mentre in materia di contrasto all'hate speech e tutela di copyright la direzione prevalente sembra quella di affiancare al notice and take down un onere di controllo anche in assenza di segnalazioni.

Con riguardo a tali casi l'autorità privata del provider sarebbe dunque giustificata in ragione dell'esigenza di tutela di diritti e interessi costituzionalmente protetti, nonché della condizione di fatto che rende i provider i soggetti maggiormente in grado di intervenire direttamente e celermente, nonché di sopportare i costi della gestione e dei rischi ad essa connessi. Tale situazione tuttavia suscita perplessità.

Il provider non è, infatti un soggetto pubblicistico, né è posto in una posizione terza e imparziale (come avviene invece nel caso dell'arbitrato[29]) e si ripropone, quindi, il problema evidenziato da Bianca con riguardo all'associazione, che riceve un potere decisorio a carico dell'associato e nel proprio interesse. Inoltre, nel caso di specie, tale potere non riguarda soltanto la decisione, bensì anche la sua applicazione (come avviene per il datore di lavoro).

Si aggiunga che gli interessi pubblicistici protetti necessitano, in larga parte, di essere bilanciati rispetto a diritti e interessi contrapposti (si pensi all'esempio della libertà di espressione rispetto al diritto all'oblio). La decisione discenderà frequentemente da tale bilanciamento, che viene operato da un soggetto privato.

Se il bilanciamento tra diritti ripropone, in generale, il problema della certezza del diritto in ragione dell'ampio margine di discrezionalità attribuito al decisore, suscita perplessità l'attribuzione di un simile potere ad un soggetto privato e non imparziale.

Se, tuttavia, si ammette la opportunità di attribuire legislativamente un potere di controllo al soggetto privato maggiormente in grado di intervenire per la tutela di rilevanti interessi costituzionali, si appalesa la necessità di introdurre misure atte a controllare tale potere al fine di garantire il suo miglior utilizzo in funzione degli interessi costituzionalmente garantiti e a prevenire il suo asservimento a interessi del provider stesso.

[29] Cfr. C. M. Bianca, *Le autorità private,* cit., p. 25.

6. *Quali limiti?*

Considerando, in primo luogo, la opportunità dell'attribuzione di un generale obbligo di sorveglianza sui contenuti, si può affermare che, se l'assenza di un tale obbligo le piattaforme non saranno indotte ad operare un controllo sui contenuti, al contrario la previsione di responsabilità, generali o specifiche con riguardo a taluni aspetti, indurrà il provider ad effettuare verifiche, controlli, rimozioni e cancellazioni, creando una situazione nella quale, di fronte al rischio di vedersi considerato responsabile, il provider potrebbe facilmente propendere per la cancellazione. Al contempo, il provider sarebbe, così, nell'esercizio di tale potere di selezione, legittimato nel suo controllo, che da potere di fatto contrattualmente determinato diverrà potere di diritto.

Alla luce dell'importanza e della varietà delle attività che su tali piattaforme si svolgono, rilevanti anche per l'esercizio di diritti costituzionalmente tutelati, ci si chiede, quindi, in che modo tale potere di decidere e anche applicare decisioni sui contenuti e sulla loro legittimità possa essere compatibile con il principio di uguaglianza, in un contesto ove il controllo è affidato a un soggetto privato - mediante proprie verifiche (condotte anche mediante l'utilizzo di software e algoritmi o esternalizzazione delle attività di verifica) o mediante il meccanismo del notice and take down - e il controllo sul controllore è affidato al ricorso degli utenti alle autorità giudiziaria e amministrativa, in un ambito ove la propensione dell'utente all'utilizzo di tali strumenti è estremamente ridotta.

Al fini di delimitare la discrezionalità di tale potere, ove non si ritenga di attribuire le decisioni ad un soggetto pubblicistico indipendente, giurisdizionale o amministrativo, si auspica l'adozione di previsioni legislative o di soft law che predeterminino i poteri di controllo e rimozione e i presupposti che li legittimano, che indichino dettagliatamente i casi nei quali la rimozione del contenuto è necessaria e formalizzino i procedimenti che conducono alla decisione sul contenuto e alla sua applicazione, con il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa (anche successivo quando la mancanza di un intervento tempestivo possa determinare un pregiudizio grave e irreparabile), nonché dell'onere di motivazione.

Inoltre, ad avviso di chi scrive, è necessario operare distinzioni con riguardo alle diverse tipologie di provider, sia in ragione delle attività che all'interno delle piattaforme si svolgono, sia in ragione della natura commerciale o meno dell'attività svolta, sia infine delle concrete possibilità

di intervento determinate dalla dimensione e dalle capacità tecniche ed economiche del provider stesso.

A tali distinzioni devono aggiungersi quelle operate in relazione all'interesse costituzionalmente protetto che rileva in contrapposizione all'esercizio della libertà di espressione e che può, ove preminente, determinare la cancellazione. Diversamente potranno, ad esempio, essere trattati, i casi di hate speech in grado di determinare un pericolo attuale rispetto a quelli (pur gravi) di semplice lesione della dignità personale, e a maggior ragione rispetto ai casi concernenti la tutela del copyright o di altri diritti patrimoniali.

Si consideri, infine, che all'attribuzione di una generale responsabilità e del corrispondente onere di intervento si accompagnerebbe inevitabilmente una riduzione delle possibilità di sindacato sulle misure poste in essere al fine di non incorrere in tali responsabilità. Regole volte a limitare, senza escluderla, la possibilità di intervenire sui contenuti, "mal si conciliano con un modello che preveda una estesa responsabilità indiretta del gestore del sito per i contenuti pubblicati dagli utenti"[30]. Le distinzioni sopra descritte, ad avviso di chi scrive, dovranno, quindi, portare all'attribuzione di oneri specifici, non riassumibili in una generale responsabilità per i contenuti, che lascerebbe al provider la gestione discrezionale del rischio attribuitogli.

Da ultimo, al fine di rafforzare il controllo con riguardo all'applicazione di tali previsioni, si auspica un maggior intervento delle autorità garanti, nonché una valorizzazione dei procedimenti che coinvolgono le associazioni rappresentative.

[30] R. Caterina, *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei social network*, in C. Perlingieri, L. Ruggeri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 129.

Paola Romito

Autorità e autonomia privata della pubblica amministrazione

Sommario: 1. Introduzione – 2. Le riforme della pubblica amministrazione – 3. Attività amministrativa di diritto privato – 4. L'autonomia negoziale della pubblica amministrazione – 4.1. Autonomia negoziale e contratti pubblici – 5. La nuova concezione di pubblica amministrazione – 6. Organizzazione amministrativa e soggetti privati – 7. Conclusione.

1. *Introduzione*

L'analisi del Maestro prende le mosse dalla differenza tra norma pubblica e norma privata, espressione di principi e funzioni differenti: la prima intrinsecamente connessa al potere autoritativo della pubblica amministrazione, posta in posizione di supremazia e volta al soddisfacimento di interessi generali, tradizionalmente tutelati attraverso le norme di diritto pubblico; l'altra strumento di manifestazione di un potere di autonomia privata, volto al perseguimento di interessi egoistici e fedelmente ancorata ad un principio di autoregolamentazione, recependo le determinazioni dei singoli paciscenti.

Questa linea netta di demarcazione tra l'una e l'altra categoria, a ben vedere, risulta però meramente apparente[1].

Una deroga a tale regola è *prima facie* rinvenibile dall'analisi dei fenomeni delle c.d. autorità private, sulle quali si incentra principalmente l'Opera dell'Autore, caratterizzate dal «*potere di imporre giuridicamente ad*

[1] Secondo S. Pugliatti, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 697, ogni crisi del diritto riconduce lo studioso alla distinzione fra diritto pubblico e diritto privato. Allo stesso modo S. Cassese, *Le droit tout puissant et unique de la societé. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 886, afferma che il diritto amministrativo è un diritto meticcio, frutto di un'unione turbolenta tra diritto privato e diritto amministrativo che costringe a riflettere sulla solidità dei più elementari strumenti di lavoro del giurista. Sul tema anche S. Vinti, *La circolarità logica del diritto amministrativo, Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, p. 5.

altri le proprie decisioni»[2] e diffusamente presenti nel nostro ordinamento, al punto tale da mettere in crisi la stessa concezione egualitaria che caratterizza i rapporti interprivatistici.

L'aspetto più significativo di tale indagine si coglie, però, già nell'elaborazione originale dell'Opera e a maggior ragione oggi, a distanza di quaranta anni dalla sua pubblicazione, avendo riguardo alle molteplici evoluzioni che il principio di autonomia negoziale ha subito nel tempo, abbracciando settori in precedenza del tutto esclusi, poiché inerenti ad interessi ritenuti indisponibili e a principi di ordine pubblico, ovvero poiché rigidamente ancorato ad un tradizionale diritto dei privati.

L'attuale e rivoluzionaria prospettiva consente, invece, di ritenere pacificamente superata quella classica lettura dicotomica tra diritto egualitario dei privati e diritto pubblico dell'autorità.

Lo scopo di questo intervento sarà, pertanto, proprio quello di dimostrare la sempre più frequente compenetrazione tra pubblico e privato, ponendo in luce i punti di forza che questa nuova prospettiva evolutiva consente di avvalorare.

Si cercherà, a tal fine, di fornire un apporto moderno ed innovativo al tema in questione che, sebbene possa risultare apparentemente sovrabbondante poiché capovolge i termini dell'indagine, contribuisce a delineare secondo una diversa chiave di lettura, l'importanza di quel percorso di fusione tra tecniche pubbliche e private, egregiamente prospettata dal Maestro.

Nello specifico l'indagine si focalizzerà sull'attività della pubblica amministrazione e sulla sua organizzazione, evidenziando come l'implementazione dell'attività di diritto privato degli enti pubblici sia esponenzialmente cresciuta in questi quarant'anni, sino a sovvertire quel rigido e storico rapporto di regola-eccezione tra pubblico e privato.

Questa nuova lettura consentirà, quindi, di superare quella consequenzialità immediata e diretta tra diritto pubblico come diritto dei rapporti autoritari e diritto privato come diritto dei rapporti privati, mettendo in luce le innovative tecniche di cui l'ordinamento si avvale per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico e la più efficace tutela degli interessi generali, collettivi ed individuali, in conformità a quanto ribadito dalle fonti sovranazionali ed, *in primis,* da quelle eurounitarie.

[2] Cfr. C. M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 4.

2. *Le riforme della pubblica amministrazione*

Una delle più evidenti manifestazioni della progressiva commistione tra attività pubblicistica e strumenti privatistici, in precedenza guardata con ostilità ed oggi sempre più di frequente elevata a rango di regola ordinaria, si registra a seguito dell'evoluzione che ha reso protagonista la pubblica amministrazione, a partire delle riforme inaugurate negli anni novanta e dai plurimi processi di privatizzazione che ne sono conseguiti.

Per riforma della pubblica amministrazione si intende quel complesso di interventi normativi che da tempo investe svariate aree di competenza dell'apparato amministrativo, mettendo in risalto le molteplici difficoltà che da anni incombono sull'assetto organizzativo e funzionale di un apparato pubblico spesso impegnato a monopolizzare settori ed interventi, anche a scapito del più efficiente perseguimento dell'interesse pubblico. Si fa riferimento a quella pluralità di modifiche incidenti in materia determinante sugli assetti e sulla struttura della p.a., intervenendo sia sull'azione amministrativa, sia sull'organizzazione dell'apparato amministrativo.

In tale prospettiva si collocano i processi di privatizzazione operati come risposta legislativa ad una riscontrata inefficienza del settore pubblico e dalla cattiva gestione della spesa pubblica, riducendo sempre più la storica contrapposizione tra sfera pubblica e sfera privata. Si evidenzia, così, da un lato l'eventualità, e non già la necessità, della presenza pubblica e, dall'altro, la possibilità di avvalersi di modelli organizzativi prossimi a quelli rinvenibili nel diritto privato, con riguardo a quegli enti pubblici a natura permanente poiché attenenti a settori necessariamente pubblici, come ad esempio avvenuto per il pubblico impiego.

3. *Attività amministrativa di diritto privato*

Il processo di osmosi tra diritto pubblico e diritto privato che si è sviluppato negli ultimi due decenni ha visto ridursi progressivamente l'intervento statale nel settore delle attività economiche e, contestualmente, ampliarsi la sfera di competenza del diritto amministrativo[3].

[3] In tal senso A. Auletta, *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente senteza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giust. amm.*, 2011, p. 10, che a tal fine fa riferimento anche all'istituzione delle Autorità Amministrative Indipendenti, nonché all'assoggettamento alla disciplina

In questo contesto si inserisce quel fenomeno che, attribuendo all'attività amministrativa una innovativa veste, ha contribuito al superamento della tradizionale[4] distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, originariamente visti come monadi isolate[5] e oggi, invece, sempre più considerati parti di un unico sistema. Così come cambia anche il ruolo dei privati, non più meri soggetti passivi e sottoposti ad un vincolo di soggezione nei riguardi del soggetto pubblico ma sempre più partecipi ed integrati nelle relative dinamiche organizzative.

Ciò che emerge è, in sostanza, una nuova prospettiva dialettica tra potere e consenso, tra autorità e libertà, tra Stato e mercato, quale conseguenza forse inevitabile del progressivo mutamento politico-sociale che ha investito la stessa concezione di apparato pubblico nel passaggio da Stato di diritto (e prima ancora di polizia) a Stato sociale.

Sono, infatti, sempre più frequenti i fenomeni di interferenza tra il potere autoritativo, tradizionalmente esercitato attraverso provvedimenti unilaterali promananti dal soggetto pubblico per eccellenza e posto in posizione di supremazia rispetto ai cittadini ed i poteri privati, esercitati da soggetti egualitari attraverso schemi negoziali.

Si assiste, così, ad una rivisitazione del classico concetto di attività amministrativa in cui prende piede la c.d. parificazione dell'agire amministrativo, mediante l'utilizzo da parte della p.a. tanto degli ordinari strumenti di diritto pubblico, quanto di mezzi di diritto comune, in passato ritenuti preclusivi poiché inidonei al perseguimento del pubblico interesse, salvo casi particolari ed eccezionali[6].

sulla c.d. evidenza pubblica di attività svolte da soggetti privati ma esercenti pubbliche funzioni.

[4] A. Zoppini, *Diritto privato* VS *Diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 517, evidenzia come contratto e *service public* realizzino interessi eterogenei, materializzandosi in modelli concettuali e regole di comportamento antitetici: in tale logica l'organizzazione pubblica è retta dall'autorità e dall'imposizione a differenza del mercato che, in quanto spazio di libertà ed autodeterminazione, è integralmente rimesso alla valutazione dei privati.

[5] P. Sirena, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 104; L. Mannoni, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, p. 343 ss., fanno riferimento alla distinzione storica tra il c.d. *ius commune*, relativo al diritto privato di tradizione romanistico-canonica ed il diritto speciale dello Stato-apparato, sottratto alle leggi civili nell'esercizio del potere autoritativo.

[6] V. Cerulli Irelli, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Giust. amm.*, 2002, 6, offre una interessante giustificazione storica di tale distinzione, in chiave comparata, laddove statuisce che: «Per i compiti di amministrazione, la regola è l'uso del diritto amministrativo, l'eccezione l'uso del diritto privato, secondo una caratteristica propria della nostra esperienza italiana, che differisce da quella omologa francese

Parallelamente al riconoscimento di un'attività di diritto comune[7] della pubblica amministrazione svolta con strumenti di diritto privato, pacificamente ammessa non implicando essa atti funzionali alla cura dell'interesse pubblico, si è sviluppato negli ultimi tempi un dibattito relativo alla possibilità di utilizzare moduli di diritto privato nello svolgimento dell'attività amministrativa pura. Più precisamente la differenza risiede nella circostanza che mentre l'attività privata di diritto privato è sia formalmente che sostanzialmente privatistica, l'attività amministrativa di diritto privato è attività formalmente privatistica ma sostanzialmente amministrativa.

È ormai opinione condivisa quella per la quale la p.a. nell'esercizio di attività materiali o di diritto comune soggiace alle regole di diritto privato, non essendo queste manifestazione di un potere amministrativo e di scelte discrezionali tipiche dell'agire pubblico ma consistendo nell'esercizio di poteri privati, ammessi in virtù del generale riconoscimento della capacità di diritto privato e negoziale in capo alla p.a. ricavabile dall'art. 11 c.c. La capacità giuridica comune è posta, infatti, alla base sia del perseguimento dei fini istituzionali, sia per la gestione del proprio patrimonio[8].

Diversa è, però, la possibilità per la p.a. di esercitare attività amministrativa agendo secondo le norme di diritto privato nell'adozione di atti non

probabilmente a causa della diversa impostazione del sistema di tutela: nel nostro ordinamento la legge del 25 marzo 1865 n. 2248 all. E ha organizzato detto sistema in modo da trasferire tutta la materia contrattuale delle pubbliche amministrazioni alla competenza del giudice ordinario ("tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile", art. 2) e quindi in modo da configurare la stessa materia in senso spiccatamente privatistico; a differenza di quanto è avvenuto in Francia, dove i contrats administratif hanno sempre rilevato come "actes de gestion publique" (CHAPUS) e sono tradizionalmente sindacati dal giudice amministrativo. Insomma, nell'esperienza francese, contratto e provvedimento vengono concepiti entrambi come strumenti di azione amministrativa e ascritti perciò all'ambito della giurisdizione amministrativa; mentre nell'esperienza italiana, segnatamente a seguito della scelta del 1865 per la giurisdizione unica, il contratto della p.a. veniva comunque attratto (anche dopo l'instaurazione e il successivo consolidamento della giurisdizione amministrativa) nell'ambito della giurisdizione ordinaria, cioè tendenzialmente nel diritto comune. E perciò l'idea del contratto come strumento di amministrazione, al pari del provvedimento, purché inteso alla cura di interessi generali (service public), da noi non ha potuto attecchire; e per converso, l'area del provvedimento si è estesa via via a settori d'azione tipicamente contrattuale».

[7] Le pubbliche amministrazioni in quanto soggetti di diritto comune possono essere titolari di diritti, obblighi e delle ulteriori situazioni soggettive scaturenti dai rapporti di diritto comune, essendo queste attività non direttamente protese alla cura concreta degli interessi pubblici.

[8] Ad esempio provvedendo alla stipula di contratti di azienda finalizzati all'acquisto di beni o servizi per le strutture e il personale o di contratti di investimento.

autoritativi, così come sancito dal legislatore all'art. 1, c. 1-*bis*, l. 241/1990, introdotto dalla l. 15/2005, che testualmente dispone: *"La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*". Ci si riferisce, cioè, alla possibilità di utilizzare modelli civilistici come strumenti di azione amministrativa per gli interessi della collettività, unitamente al modulo autoritativo-procedimentale quale tradizionale mezzo destinato al perseguimento del fine pubblico.L'introduzione di tale rivoluzionaria norma è il frutto di un acceso dibattito[9] emerso nei lavori parlamentari e non definitivamente sopito[10], in ordine al significato da attribuire alla possibilità di esercitare l'azione amministrativa tramite diritto privato. Secondo una prima impostazione l'introduzione della norma starebbe a significare che nell'adozione di atti non necessariamente autoritativi, rispetto ai quali esiste cioè un'alternativa negoziale (come, ad esempio, in tema di compravendita ed esproprio), la p.a. dovrebbe privilegiare lo strumento privatistico salvo che questo non si rilevi inidoneo alla funzione; secondo un diverso orientamento, invece, la norma avrebbe più un carattere ideologico meramente ricognitivo di quanto già consolidato per prassi, attribuendo la mera possibilità alla p.a.

[9] F. Liguori, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis*, in *Giust. amm.,* 2006, 11, nell'intento di offrire una ricostruzione esegetica della norma in commento, richiama le due principali teorie succedutesi sulla qualificazione di attività amministrativa: quella tripartita di A. Amorth, secondo cui l'attività amministrativa si dividerebbe in attività pubblica, attività amministrativa di diritto privato e attività privata di diritto privato; quella bipartita di O. Ranelletti, per il quale la divisione sarebbe unicamente tra atti di imperio e atti di gestione, e quindi tra attività pubblica ed attività privata. La creazione della categoria intermedia nasce, in sostanza, dallo "sdoppiamento" dell'agire autoritativo e dall'introduzione del requisito della funzionalizzazione, tramite l'utilizzo di strumenti privatistici per il perseguimento di interessi pubblici.

[10] G. Palma, *Delle aporie in dottrina circa l'impiego di "norme" di diritto privato nell'azione dell'Amministrazione pubblica. Contributo alla identificazione della potenziale logica ricostruttiva del progressivo sviluppo del sistema ordinamentale*, in *federalismi.it*, 2016, 3, p. 26, ricordando, altresì, il tentativo di riforma costituzionale ad opera della Bicamerale, nella quale si formulò una disposizione secondo cui *"salvo i casi previsti dalla legge per ragioni dì interesse pubblico, le pubbliche amministrazioni agiscono in base alle norme di diritto privato",* evidenzia come l'ideologia di tale norma fosse quella di riconoscere alla p.a. il potere ordinario di esplicare la sua azione "amministrativa" in regime privato, salvo i casi in cui non fosse necessario il ricorso a formalità tipicamente pubblicistiche. L'A., inoltre, ritiene che ad un'attenta lettura, tale norma contenesse una ulteriore "verità" di assoluto contenuto innovativo, «poiché essa procedeva ed in modo definitivo, stante il valore di principio costituzionale, a riconoscere all'Amministrazione pubblica ed in quanto pubblica, senza alcuna abdicazione alla sua identità consacrata, la titolarità di una ampia sfera di autonomia, contenuta nella composita sfera competenziale».

di utilizzare il modulo autoritativo o quello privatistico per il perseguimento dei propri fini istituzionali di cura dell'interesse pubblico.

In ogni caso ciò che rileva è che la codificazione[11] da parte del legislatore di tale principio di carattere generale ha costituito il superamento di quella corrente dottrinaria ostile al riconoscimento di una qualche fungibilità tra atto negoziale (e/o contratto) e provvedimento tipizzato, sulla base di una incompatibilità di carattere ontologico al riconoscimento di una forma di parità fra soggetto amministrante e soggetto amministrato. La collocazione sistematica di tale norma evidenzia, al contrario, l'intenzione del legislatore di dare autonomia e rilevanza all'utilizzo del diritto privato da parte della p.a., quasi a determinare, per citare un'autorevole dottrina: "*un ingresso del diritto privato nel cuore della disciplina dell'azione amministrativa*"[12], individuando nel ricorso agli strumenti privatistici un'alternativa generale all'esercizio del potere. Con riguardo alla clausola di riserva, collocata al termine della disposizione normativa, l'opinione più persuasiva limita l'accessibilità al diritto privato solo laddove il legislatore espressamente ne vieti l'utilizzo. Al contrario, secondo la prospettiva inversa, tale clausola riguarderebbe proprio la possibilità di ricorrere agli strumenti privatistici legittimando, in assenza di qualunque riferimento normativo, la sola adozione di atti autoritativi.

Frutto dell'interferenza tra diritto pubblico e diritto privato, ma in una diversa accezione, è poi la c.d. negoziazione della funzione amministrativa, alternativa allo strumento procedimentale ed al provvedimento unilaterale, disciplinata dagli artt. 11 e 15 l. 241/1990 in tema di accordi. Si fa riferimento, cioè, alla possibilità per la p.a. di utilizzare il modulo consensuale per l'esercizio dell'attività autoritativa, rompendo quel perfetto automatismo tra diritto privato/bilateralità e diritto pubblico/unilateralità.

Oggi, infatti il diritto privato può manifestarsi con il negozio, con l'atto unilaterale e finanche con i poteri privati. Analogamente l'autorità amministrativa si può esprimere con provvedimenti unilaterali, con moduli privatistici ovvero mediante provvedimenti concordati tramite l'esercizio consensuale del potere, in cui il consenso non costituisce manifestazione di una volontà negoziale ma di autorità.

[11] Sul tema F. Astone, F. Martines, *Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche (The Principle of legality and the activities of private law of the public administration*), in *Dir. econ.*, 2016, p 118, secondo cui con l'affermazione dei moduli privatistici di azione della p.a. si è operato un rafforzamento del principio di legalità divenendo il *trait d'union* fra l'azione esercitata tipicamente nelle forme de potere autoritativo e l'esercizio di funzioni pubbliche secondo il diritto privato.

[12] G. Napolitano, *L'attività amministrativa e il diritto privato,* in *Giornale dir. amm.*, 2005, p. 481.

4. *L'autonomia negoziale della pubblica amministrazione*

L'espressa previsione da parte del legislatore della soggezione alle norme di diritto civile da parte della p.a. ha inciso anche sul riconoscimento di una vera e propria autonomia negoziale[13], sebbene funzionalizzata al perseguimento di interessi pubblicistici, con possibilità finanche di concludere contratti atipici *ex* art. 1322, c. 2, c.c.

L'autonomia negoziale della p.a. deve, però, in ogni caso ispirarsi a quei canoni di legalità, imparzialità e tutela del terzo che caratterizzano l'azione pubblica, da cui consegue un potere di autonomia privata limitato e funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico secondo i principi di doverosità e continuità ad esso sottesi.

Il requisito teleologico cui deve essere improntata tale autonomia negoziale, in tal modo, assicura il rispetto del principio di economicità, mirando alla soddisfazione degli interessi dell'ente mediante atti non liberi ma funzionali all'interesse pubblico e ai principi costituzionali dell'azione amministrativa, così garantendo il miglior rapporto tra costi e benefici attraverso l'utilizzo dello strumento negoziale.

In ciò si evince il principale aspetto di differenza tra l'utilizzo dello strumento negoziale da parte di un soggetto privato e quello da parte di una pubblica amministrazione.

Difatti mediante l'autonomia negoziale i privati possono regolamentare i propri traffici giuridici avvalendosi di schemi negoziali, nei limiti della rilevanza, meritevolezza e liceità, senza che sia necessario che l'affare risulti conveniente, potendo paradossalmente contrastare con i propri interessi patrimoniali. L'ordinamento, cioè, tutela la signoria della volontà manifestata dalle parti che, in quanto artefici delle sorti dei propri interessi, decidono di dare rilevanza giuridica ad un determinato assetto negoziale e ad esso si vincolano in virtù del principio *pacta sunt servanda*, restando estranee valutazioni di convenienza.

Al contrario, i soggetti pubblici sono sempre vincolati nell'esercizio della propria attività- anche qualora essa sia svolta mediante lo strumento negoziale- ai principi costituzionali di buon andamento, efficacia ed economicità in conformità a quanto prescritto dall'art. 97 Cost.

Il principio di legalità costituzionale impone, infatti, solo che il potere amministrativo abbia un fondamento normativo, senza contestualmente

[13] Sull'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione, F. Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2016, p. 1622 ss.

pretendere che esso sia configurato come potere autoritativo[14]. Sul punto si rileva, pertanto, come tale principio fondamentale nell'intento di stabilire i canoni mediante i quali l'azione amministrativa deve essere svolta, sia applicabile anche qualora l'esercizio dell'attività amministrativa avvenga mediante il diritto privato e sia funzionalizzata al soddisfacimento di interessi generali[15]. Ciò, del resto, è plasticamente delineato dallo stesso art. 1, c. 1, l. 241/1990, così come modificato dalle riforme, il quale testualmente prevede che l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza.

4.1. *Autonomia negoziale e contratti pubblici*

La procedura ad evidenza pubblica costituisce senza dubbio uno degli aspetti più significativi del riconoscimento in capo alla pubblica amministrazione della soggezione al diritto comune come regola ordinaria e non già eccezionale, nonché di una propria autonomia negoziale.

Nel settore degli appalti pubblici, muovendo dalla necessità di garantire la presenza di un mercato libero e concorrenziale e, conseguentemente, più funzionale al perseguimento dei fini istituzionali, il legislatore ha costituito le basi per una vera e propria procedimentalizzazione dell'attività di contrattazione pubblicistica- avvenuta a seguito del recepimento delle direttive europee con il d. legisl. 163/06, oggi sostituito dal d. legisl. 50/2016 - nell'ambito di una struttura bifasica in cui si susseguono rispettivamente una fase pubblicistica ed una privatistica. Il Codice degli appalti è, infatti, il frutto di un ambizioso disegno legislativo di matrice eurounitaria, finalizzato a conferire organicità ed uniformità tra gli Stati membri nella regolamentazione di un settore nevralgico per gli interessi economici nazionali e sovranazionali, quale quello dei contratti pubblici. L'obiettivo principale da cui muovono le direttive comunitarie del 2004, in sostanza, è quello volto alla creazione di un mercato unico[16] che garantisca

[14] Sul punto vedasi più diffusamente C. Cudia, *Gli strumenti di azione della p.a.,* in *Giust. amm.,* 2015, 2.

[15] Cfr. G. Palma, *Delle aporie in dottrina circa l'impiego di "norme" di diritto privato nell'azione dell'Amministrazione pubblica. Contributo alla identificazione della potenziale logica ricostruttiva del progressivo sviluppo del sistema ordina mentale,* cit.

[16] Come evidenzia M.T.P. Caputi Jambrenghi, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, p. 30, l'obiettivo della disciplina dell'evidenza pubblica è proprio quello di garantire l'effettività della concorrenza per il mercato e nel mercato, da tutelare ad ogni costo e senza che la natura pubblica dei soggetti che vi operano possa creare disparità.

la più elevata efficienza ed efficacia al sistema, in un'ottica di trasparenza, *par condicio* ed imparzialità.

L'ordinamento nazionale, recependo le direttive suddette mediante il d. legisl. 163/2003 che ha introdotto il Codice dei contratti pubblici, ha registrato un significativo passaggio dalla visione spiccatamente pubblicistica propria della legge sulla contabilità di Stato del 1924, protesa all'esclusivo soddisfacimento dell'interesse pubblico ed in cui l'interesse privato assurgeva a rango di mero interesse occasionalmente protetto in via mediata ed indiretta, ad una nuova concezione di evidenza pubblica, procedimentalizzata al fine di tutelare al meglio l'interesse del privato.

La nuova procedura ad evidenza pubblica è, infatti, finalizzata precipuamente a tutelare gli operatori economici dagli abusi delle amministrazioni, quali soggetti privilegiati sul mercato, apportando però allo stesso tempo vantaggio alle stesse pubbliche amministrazioni che beneficiano direttamente di un mercato libero senza barriere e pro concorrenziale.

Questo mutamento funzionale si coglie anche nei sistemi di aggiudicazione che introducono la possibilità di scegliere il contraente migliore non esclusivamente in ragione del dato economico del prezzo più basso, come prevedeva la normativa nazionale, bensì anche attraverso il criterio dell'offerta qualitativamente migliore, subordinata ad una valutazione complessiva che non si limiti soltanto al prezzo più conveniente ma si estenda anche ad elementi più tecnici.

In questo ambito specifico la commistione tra diritto pubblico e diritto privato e la differente prospettiva di autonomia privata assume una connotazione peculiare, ponendosi la p.a. l'obiettivo di selezionare il miglior contraente ma non potendolo scegliere deliberatamente alla stregua di un qualsiasi privato, bensì dovendo soggiacere al rispetto di un procedimento amministrativo contraddistinto da specifiche regole, anche nell'ottica di salvaguardare le risorse finanziarie pubbliche. È inoltre indispensabile che l'attività sia funzionalizzata e che emergano *ictu oculi* le ragioni di interesse pubblico sottese alla scelta di procedere alla contrattazione.

Viene in tal modo garantita da un lato la tendenziale parità di accesso a tutti i potenziali operatori e, dall'altro, il conseguimento del miglior risultato nella scelta dei contraenti e nell'individuazione del contenuto dei contratti, specie a seguito delle ultime riforme, in aderenza ai principi di buon andamento, imparzialità ed economicità, in modo tale da prevenire alterazioni del mercato e della concorrenza ed evitare che vantaggi economici vengano attribuiti a soggetti sulla base di logiche non concorrenziali.

5. *La nuova concezione di pubblica amministrazione*

A tali novità si accompagna l'abbandono di una concezione formale e statica di pubblica amministrazione, in virtù di un'innovativa concezione sostanziale e dinamica. Si comincia, cioè, a dare prevalenza all'aspetto funzionale ammettendo la possibilità di considerare un soggetto quale ente pubblico solo a determinati fini, dando vita ad una nuova concezione di ente a geometrie variabili che consente ad un determinato soggetto di beneficiare della qualificazione pubblicistica solo laddove la legge lo preveda, residuando per gli ulteriori fini la naturale qualificazione privatistica. Un nitido esempio di questa significativa evoluzione è dato dalla costituzione degli enti pubblici in forma societaria, rispetto ai quali la nozione funzionale della p.a. consente di applicare la disciplina dell'evidenza pubblica, la normativa in materia di pubblico impiego o quella del procedimento amministrativo qualora ricorrano determinati presupposti, conformemente a quanto previsto dal diritto dell'Unione Europea e oggi recepito nel diritto interno all'art. 29 l. 241/1990, all'art. 7 c.p.a., nonché all'interno del nuovo codice dei contratti pubblici *ex* d. legisl. 50/2016.

Nonostante permanga un residuale orientamento formalista saldamente ancorato ad una visione restrittiva della riserva di legge consacrata nell'art. 97 Cost. e al principio di legalità, per il quale è ente pubblico solo quello previsto come tale dalla legge secondo quanto disposto dall'art. 4 l. 70/1975, continua ad acquistare sempre più consensi l'opposta teoria sostanzialistica pacificamente accolta nell'ordinamento comunitario e svincolata da un rigido dato formale. Sebbene, infatti, i due orientamenti continuino a persistere e tendenzialmente a sovrapporsi, è ormai prevalente la seconda tesi in questione, del resto in aderenza al principio comunitario del c.d. effetto utile che permea tutta l'attività dell'UE. Da ciò deriva l'accoglimento di una nozione di ente pubblico sostanziale, funzionale e cangiante: il c.d. ente a geometrie variabili, la cui definizione si amplia o si restringe a seconda di ciò che assicuri il più efficiente perseguimento dei fini eurounitari[17]. Con questa definizione si mette in risalto la peculiarità che caratterizza un soggetto che seppur formalmente privato sia considerato, a determinati fini e per assolvere

[17] Così, ad esempio, si tenderà a favorire una nozione ampia di ente pubblico laddove essa sia volta ad assicurare l'applicazione della regole dell'evidenza pubblica, prevenendo alterazioni sul mercato e garantendo il rispetto dei principi pro concorrenziali. Al contrario, si procederà a valorizzare una nozione ristretta di ente pubblico avendo riguardo alle regole che disciplinano il rapporto di pubblico impiego, che prevedono per le pubbliche amministrazioni, in determinate circostanze, la possibilità di operare restrizioni riservando l'accesso ai soli cittadini dello Stato membro.

specifiche funzioni, pubblico purché ciò sia desumibile da dati normativi espressi o impliciti, ma univoci e oggettivi. Tale orientamento sembra, del resto, coniugarsi perfettamente tanto con l'art. 4 l. 70/1975, quanto con l'eccezionalità del regime pubblicistico applicato ad un soggetto privato, consentito solo laddove vi sia una base normativa che consenta di derogare alla naturale applicazione delle norme private a soggetti di diritto privato.

Il problema della configurabilità di un ente pubblico caratterizzato da forme privatistiche, si è posto con particolare riferimento all'utilizzo del modello societario, peculiare istituto di diritto privato e dotato di una disciplina organica rinvenibile nel c.c.

La possibilità di costituire o di entrare a far parte di società già costituite aventi ad oggetto beni o servizi di carattere generale era da tempo riconosciuta sulla base dell'art. 11 c.c. e dell'art. 1, c. 1-*bis*, l. 241/1990. L'unico limite, seppur non codificato, che poneva la giurisprudenza dominante era quello inerente alla natura dell'attività perseguita dall'ente pubblico societario: si riteneva, infatti, esclusa la possibilità di svolgere attività d'impresa a garanzia e tutela del mercato e della concorrenza. A sostegno di tale posizione giurisprudenziale è intervenuto il legislatore dapprima con l'art. 3, c. 27,[18] della legge Finanziaria del 2008, che aveva espressamente limitato la possibilità di ricorrere al modello societario nelle sole ipotesi in cui l'ente partecipato svolgesse attività amministrativa, ed in seguito con l'art. 4 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica di recente introduzione[19], il cui primo comma testualmente prevede che: "Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società"[20]. La *ratio* di tali interventi normativi, avallata tanto dalla

[18] Norma oggi abrogata dall'art. 28 d. legisl. 175/2016 in materia di società a partecipazione pubblica.

[19] Per un'analisi approfondita delle novità apportate dal d. legisl. 175/2016 con riguardo ai vincoli di scopo e di attività relativi alla costituzione delle società pubbliche si veda R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, p. 293 ss.

[20] Il secondo comma dell'art. 4 d. legisl. 175/2016, del resto, si preoccupa di precisare che nei limiti individuati dal primo comma, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento di determinate attività, quali: a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193 d. legisl. 50/2016; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero

giurisprudenza amministrativa quanto da quella costituzionale, è quella di evitare che determinati soggetti pubblici, detentori di determinati benefici in ragione della loro qualifica di soggetto pubblico, possano concorrere con soggetti privati in violazione delle ordinarie regole di concorrenza.

In tale contesto si inseriscono quelle nuove forme soggettive di diretta derivazione comunitaria che acquisiscono sempre maggiore autonomia nel panorama nazionale: gli organismi di diritto pubblico, le società *in house providing*[21] e le società miste. Anche in questi casi è oramai pacificamente accolta la nozione sostanzialistica o funzionale di ente pubblico che consente di applicare a tali soggetti la disciplina pubblicistica limitatamente ad alcuni istituti e per assolvere determinate funzioni, conservando la naturale veste privatistica[22] ed il relativo regime nelle residuali ipotesi.

Questa peculiare "doppia identità" si riflette, del resto, sul riparto di giurisdizione, coerentemente con quanto previsto dall'art. 103 Cost. e dall'art. 7, c. 2, C.p.a. Nello specifico, cioè, qualora l'oggetto della controversia sia connesso ad un provvedimento emanato dalle società pubbliche nell'esercizio del potere pubblicistico, la giurisdizione spetterà al giudice amministrativo.

organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 d. legisl. 50/2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, c. 1 e 2, d. legisl. 50/2016; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, c. 1, lett. *a*), d. legisl. 50/2016.

[21] Nel caso dell'*in house*, la libertà organizzativa della p.a. viene contemperata con l'esigenza di assicurare la tutela del mercato e della concorrenza, per cui l'obbligo di osservare la procedura di gara per l'esternalizzazione del servizio viene meno laddove sia dimostrato che il soggetto societario costituisce sostanzialmente un'articolazione interna dell'amministrazione, una sua *longa manus* suscettibile di affidamento diretto di un servizio pubblico o di una concessione.

[22] Un aspetto fortemente controverso ha riguardato l'assoggettamento alla disciplina fallimentare per le società pubbliche. Con l'introduzione del Testo Unico sulle società partecipate, d. legisl. 175/2016, il legislatore ha definitivamente risolto il problema sancendo il principio di fallibilità delle stesse, principio che è stato esteso dalla giurisprudenza anche alle società *in house* valorizzando il principio di affidamento che i privati ripongono in considerazione della disciplina societaria applicabile, nonché il principio di uguaglianza e di concorrenza connaturati al rischio di insolvenza, che resterebbero altrimenti elusi. Analogamente il legislatore è intervenuto in materia di responsabilità delle società pubbliche, confermando l'approdo già raggiunto in via giurisprudenziale, secondo cui si applica l'ordinario regime privatistico, salvo per le società *in house* assoggettate alla responsabilità erariale della Corte dei Conti.

Per converso, su ogni questione relativa all'organizzazione societaria l'organo munito di giurisdizione sarà il giudice ordinario.

Ancora controversa risulta essere l'individuazione dei criteri che consentono di accertare la natura pubblicistica di enti societari. Secondo una più risalente impostazione dottrinaria tale verifica deve essere condotta in concreto, verificando la presenza di un organo politico estraneo alla *governance* societaria che agisca in modo influente sulle decisioni strategiche dell'ente, ovvero la presenza di un socio pubblico che controlli dall'interno la società, consolidando la sussistenza di un indirizzo politico sintomatico del perseguimento di un interesse pubblico al di là della veste formale, con conseguente attrazione al regime pubblicistico. Una più recente tesi, invece, maggiormente coerente con l'evoluzione giurisprudenziale e normativa registrata in materia, valorizza una nozione elastica e mutevole, da adattare al caso concreto e da accertare volta per volta, senza che possa assumere valore incondizionato e assoluto la definizione di ente pubblico in forma societaria desunta da elementi strutturali, cui conseguirebbe un'automatica applicazione di tutto il regime pubblicistico. Secondo tale ricostruzione, cioè, oltre alla necessaria previsione legislativa, non vi sono elementi che consentono una sicura qualifica in termini di pubblicità dell'ente, essendo, invece, opportuno effettuare una valutazione complessiva delle caratteristiche dell'ente[23].

6. *Organizzazione amministrativa e soggetti privati*

L'interferenza tra diritto pubblico e diritto privato si registra anche con riferimento all'organizzazione amministrativa, ogniqualvolta si consente che soggetti privati siano preposti all'esercizio di attività amministrative ai sensi dell'art. 1, c. 1-*ter*, l. 241/1990, introdotto dalla l. 15/2005. Alla base dell'assunto secondo il quale anche soggetti privati possono svolgere attività propriamente amministrative si colloca il principio di sussidiarietà[24] *ex* art.

[23] In tali termini M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di Diritto amministrativo,* Torino, 2017, p. 50.

[24] G. Pastori, *Attività amministrativa e soggetti privati*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1787, individua con tale richiamo delle figure a metà strada tra amministrazione e mercato, espressione del terzo settore o comunque di una libertà attiva dei cittadini singoli o associati. Può trattarsi di amministrazioni pubbliche in forma privatistica che nei limiti in cui svolgono attività amministrativa sono sottoposte ai principi e alle garanzie della funzione svolta, altrimenti essi rappresentano forme di gestione sociale di interessi e

118 Cost., nella sua accezione orizzontale, come partecipazione diffusa alla funzione amministrativa.

L'art. 1, c. 1-*ter*, l. 241/1990, sottopone l'applicazione della legge sul procedimento amministrativo ai privati[25] che svolgono attività amministrativa e, a maggior ragione a seguito della riformulazione della norma operata nel 2012, si sostanzia nell'obbligo ad essi imposto di conformare la propria attività di pubblico interesse al rispetto delle garanzie sostanziali risultanti dalle forme procedimentali previste per l'azione amministrativa, in misura non inferiore a quelle cui sono tenute le pubbliche amministrazioni.

In linea di principio e nel rispetto della riserva relativa di legge *ex* art. 97 Cost., l'organizzazione amministrativa di ogni ente pubblico è articolata in organi e uffici che agiscono per conto dell'ente. Può, tuttavia, verificarsi l'ipotesi del c.d. esercizio privato di pubbliche funzioni[26] in cui un soggetto privato agisce senza esser parte della struttura della p.a. e svolgendo, ciononostante, una funzione pubblica.

Originariamente l'apparato pubblico era concepito come organizzazione dello Stato-persona, quale strumento di potere nei confronti della collettività. Oggi, invece, risulta abbandonato il modello unitario di amministrazione in favore di un modello pluralistico che estende anche ai privati la possibilità di svolgere attività amministrativa in virtù di un interesse pubblico. Più precisamente in passato la dottrina faceva ricorso alla figura della

bisogni collettivi che rimangono interamente disciplinate dal diritto privato per quanto eventualmente sottoposte per le finalità perseguite e per le misure di agevolazione di sostegno di cui godono, a regolazione e a vigilanza pubblica.

[25] Secondo N. Pecchioli, *I soggetti privati ex art. 1, comma 1-ter della legge n. 241/1990 dopo le recenti modifiche alla disciplina del procedimento amministrativo recate dalla legge n. 69/2009*, in *Giust. amm.*, 2010, 4, tali soggetti sarebbero i soggetti formalmente e sostanzialmente privati, ossia quelli nei cui confronti non può operare quel principio di equiparazione a pubbliche amministrazioni diffuso per le figure soggettive aventi formale veste privatistica ma connotazioni organizzative sostanzialmente pubblicistiche. Mentre in quest'ultimo caso trova applicazione tutta la legge sul procedimento amministrativo in virtù dell'art. 29, nella differente ipotesi di cui all'art. 1, c. 1-*ter*, l. 241/1990 troveranno applicazione esclusivamente i principi e gli istituti di garanzia.

[26] Ipotesi che secondo F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto amministrativo*, I, Bari, 2013, p. 128 non ricadrebbe precisamente nel dettato normativo di cui all'art. 1, c. 1- *ter*, l. 241/1990 dedicato ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative. L'esercizio privato di pubbliche funzioni, infatti, individuerebbe ipotesi in cui i privati siano preposti per legge all'esercizio di una funzione amministrativa, ovverosia a quella particolare attività amministrativa che si svolge tramite poteri autoritativi.

sostituzione[27], del *munus*[28] o del c.d. organo indiretto[29] per giustificare la posizione del privato esercente pubbliche funzioni che agiva per conto proprio e non in sostituzione della p.a. Oggi, invece, tale teoria è superata dal fenomeno dell'esercizio privato di pubbliche funzioni mediante il quale un soggetto privato diviene titolare di una potestà pubblica per espressa attribuzione di legge ed in virtù di essa esercita in nome proprio un'attività amministrativa[30]. Queste ipotesi sono accumunate da tratti comuni, quali l'esercizio di un'attività che costituisce esplicazione di una potestà pubblica e la presenza di un soggetto privato che svolge attività *nomine proprio,* dando vita ad una più ampia accezione di organizzazione amministrativa fondata sullo svolgimento effettivo di attività di interesse pubblico.

In tutte queste ipotesi si discute circa il regime giuridico degli atti derivanti dall'esercizio di tali attività, stante l'assenza di un rapporto organico o di servizio: una parte della dottrina esclude l'assoggettabilità al regime provvedimentale stante il carattere privato del soggetto agente; un'altra parte della dottrina, per converso, applica in questo caso la nozione funzionale di p.a., così consentendo una parziale attrazione al regime provvedimentale.

[27] Mediante la sostituzione il privato è investito dell'esercizio della funzione attraverso la surrogazione della titolarità dell'ufficio. Sul punto si veda G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.

[28] Il *munus* non fa parte dell'organizzazione pubblica ma esercita le funzioni che gli sono conferite, con la propria organizzazione ed i propri mezzi e ricevendo in corrispettivo un compenso dall'organizzazione pubblica ovvero direttamente dai cittadini o dagli utenti cui la funzione si riferisce. Giuridicamente il *munus* è un soggetto distinto dall'ente e non è considerato alla stregua di un suo organo.

[29] La giurisprudenza è stata più volte chiamata ad esprimersi sulla configurabilità dell'organo indiretto: originariamente la Corte di Cassazione ammetteva tale figura sulla scorta di un'inammissibilità allo svolgimento di pubbliche funzioni da parte di soggetti non facenti parte dell'amministrazione, per cui un organo esisteva ma era indiretto. Un interessante dibattito giurisprudenziale si è creato attorno alla figura del concessionario di opere pubbliche, in risposta al quale il Consiglio di Stato ha respinto la teoria del trasferimento di funzioni ai privati per mezzo di concessione, nonché quella dell'organo indiretto.

[30] Secondo l'opinione dominante tale istituto costituirebbe un mezzo utilizzato dalle p.a. per perseguire i propri fini istituzionali e deriverebbe da una pluralità di situazioni, quali ad esempio: la titolarità di un particolare ufficio, come per i comandanti delle navi mercantili che possono ricevere testamento o svolgere funzioni di stato civile e di polizia giudiziaria a bordo; l'esercizio di un'attività professionale (come il notaio o l'avvocato nelle funzioni di ufficiale rogante o di pubblica autenticazione); la stessa legge, come con riguardo alle ipotesi *ex* artt. 583 c.p.p. e 593 c.p.; un provvedimento traslativo di funzioni amministrative (come nel caso del privato concessionario del servizio di riscossione; ovvero il c.d. pareggiamento o un atto volontario di assunzione.

7. *Conclusione*

Alla luce dell'analisi svolta appare evidente come l'apertura del diritto amministrativo al diritto privato, anche nello svolgimento delle attività protese precipuamente al perseguimento degli interessi pubblici e, cioè, alla funzione pubblica per eccellenza, lungi dal costituire un'ipotesi eccezionale, è oramai riconosciuta come regola ordinaria e generale, laddove tale utilizzo costituisca la soluzione migliore.

Ciò che assicura il perfetto equilibrio tra consenso e funzione è la previsione di regole speciali che si coniughino o si sostituiscano a quelle di diritto comune, così garantendo un corretto ed efficiente esercizio dell'attività amministrativa espressa tramite forme di diritto privato ed assicurando la miglior cura dell'interesse generale.

A tal fine capita sovente che il legislatore introduca nell'ambito di una fattispecie privatistica, una fase pubblicistica che preveda l'applicazione delle regole di diritto pubblico che presiedono l'attività amministrativa[31], preveda limiti all'azione del soggetto privato, ovvero incida[32] sugli assetti organizzativi dei soggetti[33].

Ciò che, conclusivamente, si ritiene possibile constatare, senza pretesa di esaustività, è che quell'opera di coordinamento e compenetrazione tra "autonomia ed autorità" prospettata dal Maestro, possa senz'altro dirsi

[31] Come sostiene D. de Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *Giust. amm.,* 2006, 11, laddove fa riferimento alla *Zweistufentheorie*, al procedimento di evidenza pubblica o ad altri possibili accorgimenti, che possono anche prevedere deroghe alla disciplina del contratto.

[32] V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, p. 15 ss. e G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 155 e ss, in senso critico evidenziano come spesso, però, la previsione di tali limiti, controlli o poteri di direzione vanifichino i vantaggi ricercati con la forma giuridica privata sottraendo al diritto privato persino l'organizzazione interna del nuovo soggetto, le scelte di personale, i profili gestionali e finanziari.

[33] Secondo B. Marchetti, *Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*, in *Giust. amm.,* 2012, 12, la conquista di terreni della sfera pubblica da parte del diritto privato e delle sue regole non è un processo unidirezionale, né irreversibile ed ogni volta che il diritto privato erode il territorio precedentemente di esclusivo appannaggio delle norme pubblicistiche si determina una controspinta che ri-pubblicizza (almeno in parte) il nuovo territorio creando, delle volte, potenziali disarmonie e confusione nella delimitazione dei campi e dei rispettivi ambiti valoriali. Secondo l'A., del resto, questa procedura di commistione pubblico-privato involgerebbe tanto i diritti amministrativi nazionali, tanto lo spazio giuridico sovranazionale, in cui acquistano sempre più rilevanza nuove categorie di soggetti (o reti) misti pubblico-privati.

progredita in questi quarant'anni, tanto con riferimento al diritto dei privati, quanto con riguardo al diritto pubblico, rappresentando il sintomo più evidente della corrispondenza biunivoca di un'evoluzione ancora in corso.

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

RomaTrE-Press
2018